ملتقى الأبحر للشيخ الإمام إبراهيم بن محمد الحلبي المتوفى سنة ٩٥٦ ست وخمسين وتسعمائة جعله مشتملا على مسائل القدوري والمختار والكنز والوقاية بعبارة سهلة وأضاف إليه بعض ما يحتاج إليه من مسائل القدوري وغيره من أقاويل ... وعليه شروح وحواش منها شرح تلميذه الحاج علي الحلبي المتوفى سنة ٩٦٧ سبع وستين وتسعمائة ومنها شرح المولى محمد التبريزي المعروف بعيشي المتوفى سنة ١٠١٢ اثنتي عشرة وألف ومنها شرح محمد المعروف بابن البهنسي من مشايخ دمشق إلى كتاب البيوع المتوفى سنة ٩٨٧ سبع وثمانين وتسعمائة ومنها شرح إسماعيل أفندي السيواسي في أربعة مجلدات المتوفى سنة ١٠٤٨ ثمان وأربعين وألف ومنها شرح علاء الدين ... بن ناصر الدين الإمام بجامع بني أمية الدمشقي الحنفي المتوفى ... ويسماه سكب الأنهر على فرائض ملتقى الأبحر ومنها شرح شيخ محمد بن ... المتوفى ... سماه منتهى الأبحر في شرح ملتقى الأبحر ومنها شرح قاضي القضاة بعسكر الروملي عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده المتوفى سنة ١٠٧٨ ثمان وسبعين وألف سماه مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومنها شرح العلامة محمد بن علي ... الحصكفي الدمشقي صاحب الدر المختار المتوفى سنة ١٠٨٨ سماه الدر المنتقى في شرح الملتقى

فهرست المجلد الاول

﴿ فهرست المجلد الثاني ﴾

ملتقى الابحر للشيخ الامام ابراهيم بن محمد الحلبي المتوفى سنة ٩٥٦ ست وخمسين وتسعمائة جعله مشتملا على مسائل

القدوري والمختار والكنز والوقاية بعبارة سهلة واضاف اليها ما يحتاج اليه من مسائل المجمع ونبذة من الهداية و

قدم من اقاويلهم ما هو الارجح واخر غيره و[illegible] الاصح والاقوى ولهذا بلغ في الآفاق ووقع على قبوله من

الحنفية الاتفاق قال وقد تم تبييضه من الاملاء يوم الثلثاء ثالث عشر رجب سنة ٩٢٣ ثلث وعشرين وتسعمائة

وشرحه تلميذه [illegible] علي الحلبي المتوفى سنة ٩٦٧ سبع وستين وتسعمائة اورد فيه الاعتراض والرد [illegible] المتون

الاربعة وشرحه المولى محمد التبريزي المعروف [illegible] المتوفى سنة ١٠١٦ ست عشرة والف

[illegible] محمد [illegible] من مشايخ [illegible] الى كتاب البيع وتوفي في جمادى الآخرة

سنة ٩٨٦ [illegible]

[illegible] ملتقى الابحر [illegible] اسمعيل افندي [illegible]

[illegible] الشيخ الامام علاء الدين [illegible] بن الامام [illegible]

[illegible] الحنفي [illegible] ملتقى الابحر [illegible] على جميع الآثار [illegible]

الآخرة سنة ٩٩٠ [illegible] محمد بن احمد [illegible] الحنفي [illegible]

[illegible] ملتقى الابحر وشرحه المولى العلامة [illegible]

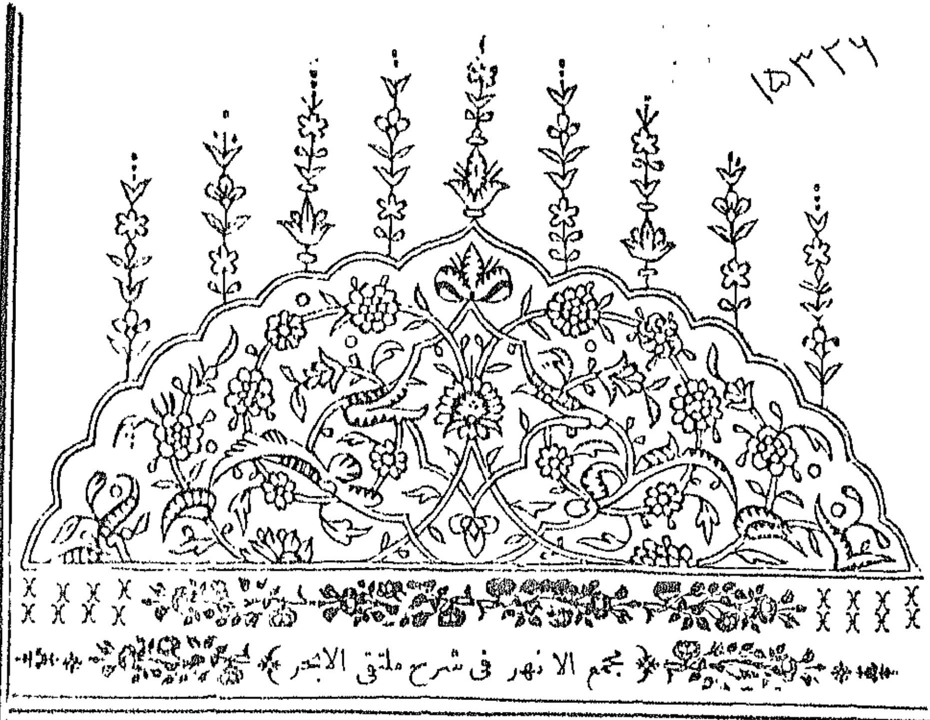
[illegible] الشيخ محمد [illegible] زاده المتوفى سنة ١٠٧٨ ثمان وسبعين والف [illegible]

[illegible] ملتقى الابحر [illegible] العلامة محمد بن علي بن محمد

[illegible] الحصكفي الدمشقي المتوفى سنة ١٠٨٨ ثمان وثمانين والف سماه الدر المنتقى في شرح الملتقى ١٣

من كشف الظنون
عن اسامي الكتب والفنون





مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي هدانا الى الايمان بهدايته الازلية* ووفقنا لمداومة الصلاة بعنايته العلية* واطلعنا على الاصول وما يتفرع عليها من المسائل الحنفية* وفرض علينا الزكوة لازالة الوسخ عن الاموال البهية* وشرفنا بالصوم والحج فانهما مكفران للذنوب* وكاشفان عن ظلم المعاصي وغياهب الريوب* حمدا لا يكتنه كنهه في البداية والنهاية* وهو مرقاة الاصول ومعراج الرواية والدراية* هو الله لا اله سواه* ولا صارع لما ساعد له وسواه* والصلاة على اشرف الخلائق الانسية* ومجمع الخلائق الانسية* وطور التجليات الاحسانية* ومهبط الاسرار الرحمانية* وترجمان لسان القدم ومنبع العلم والحلم والحكم* سيدنا محمد الذي وسم الحلال والحرام* ورسم الاحلال والاحرام* علم الدين المبين واما ما لحكام* وموطدا الملة وممهدا للاسلام* صلاة ممدودة امدادها* باقية الوصول الى منتهاها* وعلى آله واصحابه الذين هم قاطعوا دابر اهل الضلالة* وقامعوا كل اهل الغواية والجهالة* ما تجلت وجوه الاسلام بغرر التدقيق* وتحلت صدور الاحكام بدرر التحقيق* (وبعد) فيقول المفتقر الى الله الملك المنان* عبد الرحمن بن شيخ محمد بن سليمان* المدعو بشيخ زاده* جعل الله له الحسنى وزيادة* وغفر له ولوالديه* واحسن اليهما واليه* ان الكتاب المسمى بملتقى الابحر بحر زاخر* وغيث ماطر* وان كان صغير الحجم* ووجيز النظم* لكن جميع الواقعات من المسائل* قد يوجد في قعره اوفى الساحل* وهو انفع متون المذهب واجل* واتمها فائدة واكمل* خال عن الزوائد المملة* والاختصارات المخلة* وشهرته فوق الاطناب في مدحه* رحم الله مؤلفه وتغمده بمغفرته* قد شرحه بعض من العلماء* وكشف عن حقائقه الحجب غير واحد من الفضلاء* الا ان منهم من اطنب بلا فائدة* ومنهم من اوجز بلا ربط ولا قاعدة* لا يرى فيها شفاء العليل* ولا ارواء الغليل* بل لا يخلو من زيغان الابصار على الناظرين* وتخالج في بال اكثر المتأملين* فاردت تبيين مكنونه عن كل محكم وغامض* وتحقيق لبه من كل حلو وحامض* من غير اطناب ممل* وايجاز مخل* والحقت به كثيرا من الفوائد الجمة* والمسائل المهمة*

متوغلا فى تخليص الحق والصواب * وتمييز القشر عن اللباب * مع قلة البضاعة وكثرة
الهموم والآلام * واشتعال نيران شدائد الطريق فى الليالى والايام * واختلال الحال * وتراكم
بواعث الملال * وسميته بمجمع الانهر فى شرح ملتقى الابحر * راجيا من المنصف اذا نظر
فيه بعين الرضاء * ووجد الخطاء * ان يصحح على ما اشتهر فيما بينهم * اللئيم يفضح
والكريم يصلح * لان نوع الانسان * قلما يخلو عن السهو والنسيان * ومن التى معاذيره
يكون عند كرام الناس معذورا * ولا يستحق ان يكون بلومة لائم ملوما مدحورا * بل يكون
السعى لديهم مشكورا * والعمل الخير بين يديهم مقبولا ومبرورا * ومبتغيا ان يجعله خالصا
لوجهه الغفار * ووسيلة الى شفاعة نبيه المختار * وشرعت مستعينا بالله الفياض الكريم *
ومستعيذا من كل حاسد واثيم * وذلك فى يمن ايام دولة السلطان الاكرم * عضد سلاطين
الامم * ظل الله فى بسيط الارض * عامر المعمورة فى الطول والعرض * قطب فلك السلطنة
الغراء * مركز دائرة الخلافة العليا * مالك رقاب العالمين * حافظ ثغور المسلمين * لنصرة
الدين المبين والشرع المطهر المتين * المنصور بالتأييدات الفائضة من السماء * المظفر
بورود الجنود الغيبية على الاعداء * المؤيد من عند الله الوهاب بالتوفيق * المسدد بنصر الله
الفتاح على التحقيق * امر العباد باقامة النفل والفرض * المخصوص بتشريف هو الذى
جعلكم خلائف فى الارض * انور من بدر الدجى فى هالة البرايا * اظهر من شمس الضحى
فى العدالة بين الرعايا * ملاذ ارباب الحاجات والعلماء * معاذ كافة الفقراء والضعفاء * حامى
حوزة الاسلام مروج قواعد الشريعة باجراء الاحكام * ضابط اقطار الامصار بالقوة القاهرة
رابط اطراف الآفاق بالدولة الباهرة * ناصب رايات النصفة بعد اندراسها * مظهر آثار العدالة
عقيب انطماسها * مؤسس مبانى الانصاف قامع قواعد الاجحاف * مالك ممالك الآفاق *
وارث سرير السلطنة بالاستحقاق * خادم الحرمين المعظمين * مالك اماجد المشرقين *
اهتزت الشمس بوقوعها على مواطئ قدمه * وافتخرت السماء بدورانها حول رأس خدمه *
﴿نظم﴾ هو المليك الذى ما زال بدر هدى * يطيعه الخلق من عرب ومن عجم * فمذ قام بامر الله
قد حرست * جوانب الدين والدنيا من الثلم * سلطان العرب والعجم والروم والخاقان *
السلطان الغازى محمد خان * ابن السلطان ابراهيم خان * ابن السلطان احمد خان * اسبغ الله
ظلال سلطنته على مفارق العالمين وسبغ سجال نوال عاطفته الى يوم الدين * ولا زالت سماء
دولته بكواكب الاقبال مزينة * وآيات ابهته على صفحات الكائنات مبينة * واقمار دولته ثابتة
على بروج الكمال * ونجوم عظمته ثاقبة على ذوى الاقبال * نائية عن سمت الزوال ﴿نظم﴾
مليك الندى ركن الهدى كعبة العلى * قرين التقى والعدل والخير جمعا * الهى بد مع الواردين
لزمزم * ومن طاف بالبيت العتيق ومن سعى * اطل عمره واشرح بفضلك صدره * وعامله
بالانعام يا سامع الدعاء * اعلم ان المصنف افتتح باسم الله وفاقا لكتاب الله * واقتفاء لسنة
رسول الله * واقتداء بالمؤلفين العارفين بالله * مع اشارة الى اداء بعض ما عليه من محامده
الكريم فقال (بسم الله الرحمن الرحيم) الباء حرف معنى ولها معان ولم يذكر منها سيبويه
الا معنى الالصاق والاختلاط وذكروا انها للاستعانة وقيل للملابسة اى ابتدائى كما ذهب اليه
البصريون وقدر الكوفيون بدأت والزمخشرى متأخرا عن التسمية والاسم هو اللفظ الدال
بالوضع على موجود فى الاعيان ان كان محسوسا وفى الاذهان ان كان معقولا من غير تعرض
بهيئته للزمان وهو من السمو اى العلو كما ذهب اليه البصريون او من الوسم اى العلامة كما ذهب اليه
الكوفيون وكسرت الباء لتشابه حركتها عملها وطولت لتدل على الالف المحذوفة ولم تحذف

اى قدر الزمخشرى

سه بيان المتعلقات ١٢

الامع اسم والله اسم للذات من حيث هي عند الجمهور وقال بعضهم للذات والصفة معا وهو لفظ عربي علم لموجد العالم وليس بمشتق عند الاكثر (والرحمن الرحيم صفتان مشبهتان من رحم بعد نقله الى فعل بضم العين لان الصفة المشبهة لاتشتق الامن فعل لازم وهذامطرد في باب المدح مثل رفيع الدرجات و بديع السموات و في الرحمن من المبالغة ماليس في الرحيم لان زيادة المباني لزيادة المعاني وهي امابحسب شموله للدارين واختصاص الرحيم بالدنيا كما وقع في الاثر يارحمن الدنيا والآخرة ورحيم الدنيا واما بحسب كثرة المرحومين وقلتهم كما ورد يارحمن الدنيا والآخرة ورحيم الآخرة واما باعتبار جلالة النعم ودقتها و بالجملة ففي الرحمن مبالغة في معنى الرحمة ليست في الرحيم فيختص به رحمة زائدة بوجه ما فلاينافيه مايروى من قولهم يارحمن الدنيا والآخرة ورحيمهما لجواز حملها على الجلائل والدقايق واشتقاقهما من الرحمة بمعنى الرقة والعطف وهو من اوصاف الاجسام فاطلاقها عليه انماهو باعتبار الغايات التي هي افعال دون المبادي التي هي انفعالات فهي عبارة عن الانعام اوارادته فان كل واحد منهما مسبب عن رقة القلب والانعطاف فيكون مجازا مرسلا من اطلاق السبب على المسبب وهذا مطرد في كثير من صفاته تعالى (الحمد) هو الثناء لتعظيم فاعل مختار بمعنى المدح لكنه اخص منه لان الحمد يكون بمافي الانسان من الخصال الجميلة الاختيارية والمدح بمافيه ومنه باختياره و بغير اختياره تقول حمدته لعلمه وشجاعته ومدحته لعلمه وشجاعته ومدحته لطول قامته و صباحة وجهه كقوله تعالى وزاده بسطة في العلم والجسم واعم من الشكر لان الشكر لايقال الا في مقابلة النعمة والحمد يقال في مقابلة النعمة وغيرها تقول حمدته لاحسانه الي وحمدته لعلمه وشكرته لاحسانه الي فكل شكر حمد وليس كل حمد شكرا وكل حمد مدح وليس كل مدح حمدا كما في الكواشي واللام للعهد اي حمده تعالى اوحمد محبيه اوللاستغراق اوالجنس الا ان الاول اولى لماتقرر في الاصول ان العهد مقدم على الاستغراق وهو مبتدأ خبره (لله) واللام للاختصاص اي الحمد مختص به تعالى الحمد ههنا يحتمل ان يكون مبنيا للفاعل اي كل حامدية متعلقة به تعالى وان يكون مبنيا للمفعول اي كل محمودية قائمة به تعالى ويجوز ان يحمل باعتبار المعنى على المعنى الاعم اي كل مايصح ان يطلق عليه لفظ الحمد فحينئذ يشمل كلا معنييه فيوفى حق المقام (الذي وفقنا) التوفيق جعل الله تعالى فعل عباده موافقا لمحبه و يرضاه وقيل هو استعداد الاقدام على الشيء وقيل هو موافقة تدبير العبد لتقدير الحق وقيل هوالامر اقرب الى السعادة الابدية والكرامة السرمدية وقيل هو جعل الاسباب موافقة للمسببات (للتفقه) التفقه هو الاصابة والوقوف على المعنى الخفي الذي يتعلق به الحكم وهو علم مستنبط بالرأي والاجتهاد و يحتاج الى النظر والتأمل ولهذا لايجوز ان يسمى الله فقيهالانه لايخفى عليه شيء واختار التفقه للاشارة الى موافقة قوله صلى الله تعالى عليه و سلم من يردالله خيرا يفقه في الدين و الى مافي صيغة التكلف من ان حصول علم الفقه لايمكن دفعة بل شيئافشيئا (في الدين) الدين والملة متحدان بالذات مختلفان بالاعتبار فان الشريعة من حيث انها تطاع تسمى دينا و من حيث انها تجمع تسمى ملة ومن حيث انها ترجع اليها تسمى مذهبا والفرق بينها ان الدين منسوب الى الله تعالى لانه وضع الهي يدعو اصحاب العقول الى قبول ماهو عندالرسول والملة الى النبي والمذهب الى المجتهد (الذي) الموصول مع صلته صفة الدين (هو) اي الدين (حبله) ووصف الحبل بمايدل على القوة والمتانة بقوله (المتين) اي الصلب الشديد (و فضله) الفضل ابتداء احسان بلا علة (المبين) اي المتضح (وميراث) مجاز عن الانتقال (الانبياء والمرسلين) فالرسول من بعثه الله تعالى لتبليغ الاحكام ملكا كان اوآدميا وكذا النبي الا انه مختص بالانس على الاشهر وهما امامتباينان

كما هو الظاهر من كلامه فالرسول من جاء بشرع مبتدأ والنبي من لم يأت به وان امر بالابلاغ
وهو الظاهر من قوله تعالى وما ارسلنا من قبلك من رسول ولا نبي فيكون كل منهما في غيره مجازا
او مترادفان على ما هو العادة في الخطبة فكل منهما من بعث للتبليغ او الرسول اخص كما في القهستاني
(وحجته) اى دليله وبرهانه الفرق بين الحجة والبينة انما هو بحسب الاعتبار لان ما ثبت به الدعوى
من حيث افادته البيان يسمى بينة ومن حيث الغلبة على الخصم به يسمى حجة (الدامغة) اى
القاهرة المذلة للخصم من الدمغ وهو من الشجاج التي بلغت الدماغ (على الخلق اجمعين) اكده على
وجه التعميم للمبالغة او لرعاية السجع (ومحجته) بفتح الميم والحاء والجيم جادة الطريق وهي الطريق
الواسع (السالكة) اى الراقية الموصلة (الى اعلى عليين) اى اعلى مكان في الجنة (والصلوة)
بالرفع بالابتداء على المشهور ويجوز الجر بالعطف على الاسم اى بالصلاة وانما كتبت بالواو
مراعاة للفظ المفخم فالمعنى العطف لكن بالنسبة اليه تعالى الرحمة والى الملك الاستغفار والى
المؤمنين الدعاء والجمهور على انها في الدعاء حقيقة وفي غيره مجاز (والسلام) اى السلامة من
الآفات وسميت الجنة دار السلام لهذا وسمى الله تعالى به لتنزهه من النقايص والرذائل
وتعريفهما كتعريف الحمد (على خير خلقه) اى افضل مخلوقه (محمد) اشهر اسمائه الشريفة
وهي الف عند بعضهم وقيل ثلثمائة وقيل تسعة وتسعون وانما سمى به للالهام بذلك والمعنى
ذات كثرت خصالها المحمودة او كثر الحمد له في الارض والسماء او كثر حمده تعالى له (المبعوث)
الى الانس والجن بالاجماع والى الملائكة على الخلاف (رحمة) نصب على الحالية او المفعول له
(للعالمين) والعالم ما سوى الله تعالى غلب منه العقلاء وقيل اسم لذوي العلم من الملائكة والانس
والجن وتناوله لغيرهم على سبيل الاستتباع وقيل المراد به الناس وفيه تلميح الى قوله تعالى وما ارسلناك
الا رحمة للعالمين (وعلى آله وصحبه) في الآل خلاف والصحيح انهم من حرمت عليهم الصدقة
والصحب جمع صاحب وهو كل مسلم رأى النبي اورآه النبي عليه السلام ومات على ذلك وعن
بعض الاصوليين خلاف ذلك والاول هو الصحيح ولما كان الدعاء بلفظ الصلوة مختصا بالانبياء
عليهم الصلاة والسلام تعظيما لهم لم يدع به لغيرهم الا على سبيل التبع لهم (والتابعين)
هم الذين تبعوا الصحابة في آثارهم (والعلماء العاملين) من المجتهدين والمؤلفين وغيرهم (وبعد)
من الظروف المبنية المنقطعة عن الاضافة اى بعد الحمد والصلوة (فيقول الفقير الى رحمة
ربه الغني) والفاء في فيقول اما على توهم اما واما على تقدير مهما محذوفة من الكلام والواو
عوض عنها (ابرهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبي) كان اماما وخطيبا بجامع السلطان محمد خان
بمدينة القسطنطينية المحمية ومدرسا بدار القراءة التي بناها سعدي افندي ومات في سنة ست
وخمسين وتسعمائة وقد جاوز التسعين عمره روح الله روحه وزاد في اعلى غرف الجنان فتوحه
(قد سألني) اى طلب مني (بعض طالبي) جمع مضاف الى (الاستفادة) ولو قال بعض المستفيدين
لكان اولى (ان اجمع له كتابا) يشمل بصفة كتابا (على مسائل القدوري والمختار والكنز والوقاية
بعبارة سهلة) المراد منها ان يكون الاخذ بالسهولة لا يحتاج الى الفكر والدقة (غير مغلقة)
اى غير مشكلة (فاجبته) الفاء فصيحة ويجوز ان يكون سببية اى اعطيته جوابا بان اقول
قبلت ابقاء مسئلتك (الى ذلك) اى سؤال البعض (واضفت اليه بعض ما يحتاج) اى يفتقر
(اليه من مسائل المجمع ونبذة) عبارة عن الشئ القليل ولا ينافيه ما في آخر الكتاب من انه زاده
مسائل كثيرة من الهداية لانه يجوز ان يكون مسائل كثيرة نظرا الى انفسها نبذة بالقياس الى
مسائل سائر الكتب التي جمعها في كتابه (من الهداية وصرحت بذكر الخلاف) الواقع (بين ائمتنا)
الامام الشيباني والامام الرباني والامام الاعظم ابي حنيفة رحمهم الله ثم اخترع قاعدة في المسائل

الخلافية ليعلم منها الاقوى والارجح المختار للفتوى فقال (وقد مت من اقاويلهم ماهو الارجح) المختار للفتوى من اقاويلهم والموصول مع صلته مفعول قدمت (واخرت غيره) اى غير الارجح (الا) استثناء من قوله غيره (ان قيدته) والضمير راجع الى غيره (بمايفيد الترجيح) نحو قوله والصحيح والمختار وعليه الفتوى فان الارجح حينئذ ماهو المقيد به لا المقدم (واما الخلاف الواقع بين المتأخرين) من المشايخ (او) الخلاف الواقع (بين) اصحاب (الكتب المذكورة) التى جمع هذا الكتاب منها (فكل ما) اى مسئلة (صورته بلفظ قيل اوقالوا وان) وصلية (كان مقرونا بالاصح ونحوه) اى المختار وبه يفتى (فانه) اى ذلك القول المصدر بلفظ قيل اوقالوا (مرجوح بالنسبة الى ماليس كذلك) اى ماليس فيه لفظ قيل اوقالوا (ومتى) للشرط هنا (ذكرت لفظ التثنية) كقوله خلافا لهما اوقالا اوعندهما (من غير قرينة تدل على مرجعهما فهو لابى يوسف ومحمد) اما لوذكر مثلا محمدا ثم ذكر التثنية فالمراد الشيخان (ولم آل) من الالو وهو التقصير (جهدا) بالضم والفتح الاجتهاد وعن الفراء الجهد بالضم الطاقة وبالفتح المشقة وقد استعمل الالو فى قولهم لاالوك جهدا متعديا الى المفعولين والمعنى لاامنعك جهدا اى لم اقصر ولم اترك اجتهادا بل استقصيت (فى التنبيه على الاصح والاقوى وماهو المختار للفتوى) الصحيح مقابل الفاسد والاصح مقابل الصحيح فاذا تعارضا فقال احدهما الصحيح والآخر الاصح يؤخذ بقول الاول لان قائل الاصح يوافق قائل الصحيح انه صحيح وقائل الصحيح عنده ذلك الحكم الآخر فاسد (وحيث) ظرف مكان بمنزلة حين اجتمع على صيغة المعلوم (فيه) اى فى الكتاب (الكتب المذكورة سميته بملتقى الابحر ليوا فق الاسم المسمى) هذا تعليل تسمية كتابه بهذا الاسم وذلك ان الابحر الحقيقية لما كان موضع اجتماعها ملتقى يجمع مافيها فكذلك الابحر المجازية يوجد مافيها من المسائل فى هذا المجموع (والله سبحانه) مفعول لقوله اسئل وانما قدمه على الفعل اهتماما بشانه تعالى اوللتخصيص اوالعناية (اسئل ان يجعله) اى جمعى (خالصا لوجهه) اى لذاته (الكريم وان ينفعنى به) اى بسبب تأليفه (يوم لا ينفع مال ولا بنون الامن اتى الله بقلب سليم) تقبل الله منه ومنا انه ذوالفضل العميم وخلصنى واياه بفضله عن عذاب الجحيم آمين بحرمة سيد المرسلين صلوات الله تعالى عليه وعلى آله وصحبه اجمعين

﴿ كتاب الطهارة ﴾

افتتح بكتاب الطهارة لانها مفتاح الصلاة وهى مستحقة للتقديم على باقى العبادات لكونها عماد الدين قيل هى اول مايحاسب عليها العبد الكتب فى اللغة الجمع ومنه الكتاب وهو فى الاصل مصدر سمى به المكتوب تسمية للمفعول بالمصدر على التوسع الشايع واصطلاحا طائفة من المسائل اعتبرت مستقلة سواء كانت مستقلة فى نفسها ككتاب اللقطة اوتابعة لمابعدها ككتاب الطهارة اومستتبعة لماقبلها ككتاب الصلاة اونوعا واحدا ككتاب اللقيط اوانواعا منها ككتاب الطهارة واختار لفظ الكتاب دون الباب لان اشتقاق الكتاب يدل على الجمع بخلاف الباب والفرض جمع انواع الطهارة لانوع منها والطهارة لغة مصدر طهر الشئ بضم الهاء وفتحها بمعنى النظافة مطلقا واصطلاحا النظافة عن الحدث والخبث وما قال بعض الفضلاء من ان الطهارة فى الشرع نظافة المحل عن النجاسة حقيقية كانت اوحكمية سواء كان لذلك المحل تعلق بالصلاة كالبدن والثوب والمكان اولم يكن كالاوانى والاطعمة ومن خصها بالاول فقد اخطأ ليس بوارد لان المراد بالطهارة ههنا الطهارة المخصوصة بالصلاة لاالكلية الشاملة لجميع انواعها وانما وحدها لانها فى الاصل مصدر يتناول القليل والكثير ومن جمعها فقد قصد التصريح بانواعها وسبب وجوبها وجوب مالايحل بدونها كالصلاة وسجدة التلاوة ومس المصحف قيل سبب وجوبها القيام الى الصلاة وهذا فاسد لان النبى عليه الصلاة والسلام صلى خمس صلوات بوضوء واحد وقيل الحدث لدورانه معه

وجودا وعدما وهذا فاسد لان السبب ما يكون مفضيا الى الشيء والحدث رافع لها فكيف يكون سببا لها (قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا) افتتح بكتاب الله تعالى تيمنا والا فذكر الدليل خصوصا على وجه التقديم ليس من دأبه (اذا قمتم الى الصلاة) اى اذا اردتم القيام الى الصلاة من باب ذكر المسبب وارادة السبب الخاص فان الفعل الاختيارى لا يوجد بدون الارادة كما فى جميع شروح الهداية وغيرها فان قيل ظاهر الآية الكريمة يوجب الوضوء على كل قائم اليها وان لم يكن محدثا لما ان الامر للوجوب قطعا والاجماع على خلافه والجواب على ما ذكره بعض المفسرين من ان الخطاب خاص بالمحدثين بقرينة دلالة الحال واشتراط الحدث فى التيمم الذى هو بدله (فاغسلوا وجوهكم) الغسل هو الاسالة اى امروا عليها الماء (وايديكم الى المرافق) الجمهور على دخول المرفقين فى المغسول ولذلك قيل الى بمعنى مع وواحدها مرفق بكسر الميم وفتح الفاء (وامسحوا برؤسكم وارجلكم الى الكعبين) لا اشكال على قراءة النصب عطفا على الوجه واليدين واما على قراءة الجر عطفا على الرأس فللمجاورة والاتباع لفظا لا معنى وفائدة صورة الجر التنبيه على ان المتوضئ ينبغى ان يغسل الرجل غسلا خفيفا شبيها بالمسح لما انها مظنة الاسراف (وفرض الوضوء) الفاء للتعقيب والفرض لغة القطع والتقدير يقال فرض القاضى النفقة اذا قدرها واصطلاحا ما ثبت لزومه بدليل قطعى لا شبهة فيه وحكمه ان يستحق العقاب تاركه ويكفر جاحده والوضوء بالضم اسم مصدر سمى به الفعل المخصوص مشتق من الوضاءة وهى الحسن والنقاوة وبالفتح اسم لما يتوضأ به والاضافة بمعنى اللام (غسل الاعضاء الثلثة) مرة يعنى الوجه واليدين والرجلين قيد الاعضاء بالثلثة مع انها خمس لان اليدين والرجلين جعلا فى الحكم بمنزلة عضوين كما فى الدية (ومسح الرأس) مرة المسح الاصابة سواء كان الاصابة باليد او بغيرها حتى لو اصاب رأسه من ماء المطر قدر المفروض اجزأه مسحه باليد او لم يمسحه (والوجه ما بين قصاص الشعر) هذا باعتبار الغالب لان حد الوجه فى الطول من مبدأ سطح الجبهة الى الذقن سواء كان عليه شعر او لا قال صاحب الكفاية وغيره وفى الديوان قصاص الشعر بفتح القاف وضمها بمعنى وهو منتهى من الرأس وغايته انتهى وفيه كلام لان قصاص الشعر فى اللغة منتهى منبته مطلقا لا منتهى منبته فى الرأس الا ان يقال المراد من الشعر شعر الرأس فحينئذ يكون التقييد بناء على هذه الارادة لا على اللغة واسفل الذقن هذا حده طولا والذقن بالتحريك مجتمع اللحيين حده اذ قال (وشحمة الاذنين) هذا حده عرضا الشحمة معلق القرط وانما زاد لفظ الشحمة ادخالا لما بين العذار وشحمة الاذن فى حد الوجه مطلقا ووقع فى عبارة الهداية وغيرها والى شحمتى الاذن وما قاله الباقانى وفى اضافة الشحمتين الى الاذن نظر لانه يقتضى ان يكون لكل اذن شحمتان ليس بوارد لان الاذن اسم جنس يتناول القليل والكثير فصارت اضافتها الى الاذنين تقديرا لا الى اذن واحد حتى يرد السؤال (فيفرض غسل ما بين العذار والاذن) عند الطرفين لعدم الساتر بخلاف ما تحت الشعر فى العذار لاستتاره بالشعر فكانه خرج عن كونه وجها (خلافا لابى يوسف) لان البشرة التى تحت الشعر فى العذار اذا لم يجب غسلها فاولاها اولى وان كان امرد او كوسج او ثطا فغسله واجب اتفاقا (والمرفقان والكعبان يدخلان فى الغسل) خلافا لزفر بناء على ان الاصل فى الغاية عدم الدخول فى المغيا كالليل فى الصوم ولنا ان ضرب الغاية لا بد له من فائدة وهى اما مد الحكم اليها او اسقاط ما وراءها والاول يحصل بدونه لان اليد اسم لذلك العضو الى الابط فتعين الثانى وموجبه دخول الغاية تحت المغيا فان قيل اذا كان فى دخول المرفقين والكعبين فى الغسل شك واحتمال فكيف يثبت الفرض فيهما اجيب بان الاحتمال قد زال بفعله عليه الصلاة والسلام ولم ينقل تفويته ولو كان تركه جائزا لفعله

مرة تعليما للجواز والمرفق هو مجتمع العضد والساعد والكعب هو العظم الناتي المتصل بعظم الساق من طرفي القدم لا ما روى هشام عن محمد انه المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك لانه في كل رجل واحد كالمرفق في اليد وقد ثنى الكعب في الآية فتعين ان المراد ما ذكرنا والا لم يظهر للعدول فائدة وهذا بحث طويل فليطلب من شرح الهداية لابن كمال الوزير (والمفروض في مسح الرأس قدر ربع) في رواية الطحاوي والكرخي عن الامام اي المقدر بطريق الفرضية لكن لا بالدليل القطعي بل بالدليل الظني الاجتهادي فلذلك لم يكفر جاحده وتحقيقه ان الفرض على نوعين قطعي واجتهادي فالقطعي ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه كالكتاب والسنة المتواترة اذا لم يلحقهما تخصيص او تأويل والاجتهادي ما يفوت بفوته ولا ينجبر بجابر وهذا من قبيل الثاني (وقيل يجزئ وضع ثلاث اصابع) لانا مأمورون بالمسح باليد والاصابع اصلها والثلاث اكثرها وللاكثر حكم الكل وهي رواية الاصل وذكر في الظهيرية هو الصحيح لكن المصنف اورده بصيغة التمريض لان هذا من المقدرات الشرعية وفيها تعتبر عين ما قدر به وعند الشافعي مقدر باقل ما يطلق عليه اسم مسح الرأس ولو كان على شعره وقال مالك واحمد مسح الجميع والحسن البصري اكثر الرأس (ولو مد باصبع او اصبعين) يعني لو وضع اصبعا او اصبعين على رأسه فمدها مقدار ربع الرأس (لا يجوز) عندنا خلافا لزفر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال ما دام في محله وجميع الرأس محله فيجوز ولنا ان المسح حصل بوضع الاصبع وبعدها انفصلت البلة عن المحل الممسوح حكما فصار مستعملا فالمسح بعده يكون بماء غير طاهر كما في ابن ملك ولو مسح بثلاث اصابع ومدها حتى استوعب الربع صح كما في اكثر المعتبرات لكن فيه كلام لان الماء بمد الاصابع الثلاث على التعليل المذكور ايضا مستعمل فيقتضي ان لا يصح في هذه المسئلة كما في الاولى مع انه يصح بالاتفاق فليتأمل ومحل المسح ما فوق الاذن على اي جانب كان (ويفرض مسح ربع اللحية في رواية والاصح مسح ما يلاقي البشرة) قال صدر الشريعة اما اللحية فعند الامام مسح ربعها فرض لانه لما سقط غسل ما تحتها من البشرة صار كالرأس وعند ابي يوسف كلها فرض لانه لما سقط غسل ما تحتها اقيم مسحها مقام مسح ما تحتها فيفرض مسح الكل بخلاف الرأس فانه اذا كان عاريا عن الشعر لا يجب غسل كله ولا مسح كله وقد ذكر ان المراد بالربع ربع ما يلاقي بشرة الوجه منها اذ لا يجب ايصال الماء الى ما استرسل من الذقن خلافا للشافعي في اشهر الروايتين عن الامام مسح ما يستر البشرة فرض وهو الاصح المختار انتهى وقال ابن الكمال هذه الروايات مرجوع عنها والصحيح انه يجب غسلها لان البشرة خرجت من ان تكون وجها لعدم المواجهة لاستتارها بالشعر وصار ظاهر الشعر الملاقي اياها ظاهر الوجه لان المواجهة تقع به والى هذا اشار ابو حنيفة رحمه الله تعالى فقال وانما مواضع الوضوء ما ظهر منها والظاهر هو الشعر لا البشرة فيجب غسله (وسننه) اي الوضوء السنة ما واظب عليه السلام عليها مع تركها احيانا فان المواظبة ان كانت على سبيل العبادة فسنن الهدى وفي فعلها الثواب وتركها العتاب لا العقاب وان كانت على سبيل العادة فسنن الزوائد وتركها لا يستوجب اساءة والاضافة بمعنى اللام قال صاحب الفرائد في شرحه الظاهر انها على صيغة الافرادية بقرينة قرانه وفرض الوضوء بصيغة الافراد ايضا انتهى وفيه كلام لان هذا ليس بمسلم لان المفروض وان كثرت فهو في حكم شيء واحد حيث يفسد بعضها عند فوات البعض الآخر بخلاف السنة فان احكامها ودلائلها مستقلة اذ كل منها يعد فضيلة وان لم يوجد الاخرى والتنظير ليس بمحله (غسل اليدين الى الرسغين ابتداء) الرسغ المفصل الذي بين الساعد والكف وانما لم يذكر المصنف للمستيقظ لئلا يلزم كون تلك السنة مختصة بالمستيقظ فقط اذ هو مسنون لكل من يشرع في الوضوء ابتداء

هو المختار وقيد الاستيقاظ الواقع في الهداية وغيرها اتفاقي (والتسمية) وهي سنة في ابتداء
الوضوء مطلقا هذا اختيار الطحاوي والقدوري وذهب احمد الى ان التسمية شرط في الوضوء
لقوله عليه السلام لا صلاة لمن لا وضوء له ولا وضوء لمن لم يذكر اسم الله تعالى هذا دليل مالك
على ما ذكر في البدائع ودليل اصحاب الشافعي على ما ذكره الزاهدي على فرضية التسمية في ابتداء
الوضوء واجيب بان المراد نفي الفضيلة كقوله عليه السلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد
وقوله عليه السلام من توضأ وذكر اسم الله تعالى كان طهورا لجميع بدنه ومن توضأ ولم يذكر
اسم الله تعالى كان طهورا لما اصاب الماء واختلف في لفظها والافضل بعد التعوذ * بسم الله
الرحمن الرحيم * ويسمي قبل الاستنجاء وبعده الا مع الانكشاف او غسل موضع النجاسة (وقيل)
التسمية (مستحبة) قال صاحب الفرائد والاصح انها مستحبة وان سماها في الكتاب سنة لان السنة
ما واظب عليه عليه السلام ولم يشتهر مواظبته عليها الا ترى ان عليا وعثمان رضي الله عنهما
حكيا وضوءه ولم ينقل عنهما التسمية كما في الهداية انتهى وفيه كلام لان عدم النقل عنهما
لا يستلزم عدم السنية لان المعتبر ههنا يعني في ثبوت السنة المواظبة مع الترك احيانا اعلاما بعدم
الوجوب لا المواظبة بدون الترك لانها دليل الوجوب على قول عند سلامته عن معارض ولهذا
اورده المصنف بصيغة التمريض (والسواك) اي استعماله لان السواك اسم للخشبة المرة المتعينة
للاستياك او بمعنى المصدر فحينئذ لا حاجة الى التقدير والاصل في سنيته ما روي انه عليه السلام
كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالاصبع وما روي انه عليه السلام قال لولا ان اشق على امتي
لامرتهم بالسواك عند كل وضوء وما فيه من الترغيب مع ما مر من حديث المواظبة من التأكيد
افاد السنية ويستحب في كيفية اخذه ان تجعل الخنصر من يمينك اسفل السواك تحته والبنصر
والوسطى والسبابة فوقه والابهام اسفل رأسه ولا تقبض القبضة فان ذلك يورث الباسور
ولا يستاك بطرفي السواك ولا تمص فانه يورث العمى ويكره مضطجعا لانه يورث كبر الطحال
وينبغي ان يتخذ من الاشجار المرة لانه يطيب النكهة ويشد الاسنان ويقوي المعدة ويكون
في غلظ الخنصر بطول الشبر ويستاك عرضا لا طولا واقله ثلاث بثلاث مياه ويبدأ من جانب
الايمن (وغسل الفم بمياه والانف بمياه) وانما قال بمياه ولم يقل ثلاثا ليدل على ان المسنون التثليث
بمياه جديدة وانما كرر قوله بمياه ليدل على تجديد الماء لكل منهما خلافا للشافعي قال اصحاب
الحديث هما فرضان في الوضوء والغسل لمواظبته عليه الصلاة والسلام عليهما ورد بان المواظبة
ليست دليل الفرض وقال الشافعي هما سنتان فيهما لان الامر بالغسل عن الجنابة يتعلق بالظاهر
دون الباطن وعندنا سنتان في الوضوء وفرضان في الغسل لان الواجب في الوضوء غسل الاعضاء
الثلاثة ومسح الرأس وداخل الانف والفم ليس من الوجه لان الوجه اسم لما يواجه اليه بكل
حال بخلاف الجنابة لان الواجب هناك تطهير جميع البدن بالمبالغة فيجب غسل ما يمكن غسله
وقال الباقاني وفي السراج الوهاج انهما سنتان مؤكدتان فان تركهما اثم على الصحيح قيل لا يخفى
ان الاثم منوط بترك الواجب ويمكن الجواب لما قالوا ان السنة المذكورة في قوة الواجب ودليل
سنيتهما المواظبة مع الترك احيانا انتهى هذا مخالف لما قاله آنفا في تفسير السنن فان كانت
المواظبة من غير ترك فهي دليل السنة المؤكدة قال صاحب الاصلاح اعلم ان المضمضة ليست غسل
الفم وكذا الاستنشاق ليس غسل الانف بل هي عبارة عن ادارة الماء في الفم وهو عبارة عن جذب الماء
بالنفس نص على ذلك في فصل الجنابة صاحب غاية البيان فمن بدلهما بغسل الفم والانف
لم يصب وقال صاحب الفرائد وظاهر ان غسل الفم وغسل الانف غير مجرد حصول الماء في الفم
وغير مجرد حصول الماء في الانف بل لا يمكن غسل الفم الا بادارة الماء في الفم ولا يمكن غسل الانف

الا بجذب الماء بالنفس الى الانف فيلزم لادارة الماء غسل الفم ولجذب الماء الى الانف غسل الانف
انتهى وفيه كلام لانا لا نسلم استلزام غسل الفم لادارة الماء بل يمكن غسل الفم بدون الادارة
ولئن سلم فلفظ المضمضة حقيقة فى ادارة الماء واستعمال غسل الفم لادارة الماء مجاز فبيانه بالحقيقى
اولى من المجازى (وتخليل اللحية والاصابع هو المختار) لان جبرائيل عليه السلام امر النبى صلى الله تعالى
عليه وسلم بذلك وانما لم يكن واجبا مع ان الامر يقتضى الوجوب لوجود الصارف وهو عدم تعليمه
صلى الله تعالى عليه وسلم الاعرابى (وقيل هو فى اللحية فضيلة عند الامام ومحمد) لان السنة يكون
لاكمال الفرض فى محله وداخل اللحية ليس بمحل لاقامة فرض الغسل فيحمل ما روى على الفضيلة
واعترض بان المضمضة والاستنشاق سنتان وداخل الفم ليس بمحل الفرض فى الوضوء واجيب
بان الفم والانف من الوجه من وجه اذ لهما حكم الخارج من وجه والوجه محل الفرض (وتثليث
الغسل) لان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم توضأ مرة مرة اى غسل كل عضو مرة وقال هذا وضوء
من لا يقبل الله الصلاة الا به والمراد بالقبول الجواز وتوضأ مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له
الاجر مرتين وتوضأ ثلثا ثلثا وقال هذا وضوئى ووضوء الانبياء من قبلى فمن زاد على هذا
او نقص فقد تعدى وظلم كما فى الهداية قال صاحب العناية رتب على الزيادة والنقصان وعيدا وليس
على ظاهره فلا بد من تأويل وهو من زاد على اعضاء الوضوء او نقص عنها او زاد على الحد المحدود
او نقص عنه او زاد على الثلث معتقدا ان كمال السنة لا يحصل بالثلث فهو على ثلثة اوجه وقوله تعدى
يرجع الى الزيادة وظلم يرجع الى النقصان وقول صاحب الهداية والوعيد لعدم رؤيته سنة اشارة
الى اختيار التأويل الثالث يعنى اذا زاد لطمانينة القلب عند الشك او بنية وضوء آخر لا بأس به
فان الوضوء على الوضوء نور على نور قيل فيه كلام لانهم صرحوا ان تكرار الوضوء فى مجلس واحد
لا يستحب بل يكره لما فيه من الاسراف فيمكن حمله على اختلاف المجلس وهو بعيد تدبر
(والنية) وهو القصد والعزم بالقلب والمراد ههنا قصد رفع الحدث او عبادة لا تستغنى عن الطهارة
وعند الائمة الثلثة النية فرض فى الوضوء كالتيمم لنا انه صلى الله تعالى عليه وسلم علم الاعرابى الجاهل
الوضوء ولم يعلمه النية ولو كان فرضا لعلمه وان الوضوء شرط للصلاة فلا يفتقر الى النية كسائر
شروطها وافتقار التيمم الى النية ليصير الصعيد مطهرا لا يوجب افتقار الوضوء اليها لان الماء
مطهر كما قال الله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا والتراب ليس كذلك كما فى شرح المجمع لكن
فى هذا الاستدلال نظر فليتأمل وفى الكفاية النية شرط فى التوضى بنبيذ التمر او بسؤر الحمار
كالتيمم (والترتيب المنصوص) وهو شرط عند الشافعى لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الآية
والفاء للتعقيب فيدل على ان غسل الوجه عقيب القيام الى الصلاة بلا مهلة فيكون مقدما على
سائر الاركان فيجب الترتيب فى الباقى ايضا اذ لا قائل بالفصل ولنا ان المذكور فى الآية حرف
الواو وهى لمطلق الجمع لا للترتيب واما الفاء فانها داخلة على المجموع حقيقة كانه قيل اذا قمتم
الى الصلوة فاغسلوا الاعضاء الثلثة كما فى قوله تعالى اذا نودى للصلوة من يوم الجمعة فاسعوا الى
ذكر الله وذروا البيع ولما روى انه صلى الله تعالى عليه وسلم نسى مسح رأسه فتذكره بعد فراغه
فمسحه ببلل كفه ولو كان الترتيب واجبا لاعاد الوضوء (واستيعاب الرأس بالمسح) مرة وقال
الشافعى السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول لنا ان عليا رضى الله تعالى عنه توضأ وغسل
اعضائه ثلثا ومسح رأسه مرة وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم والذى
يروى فيه من التثليث محمول على التثليث بماء واحد فى رواية عن الامام وكيفيته ان يبل كفيه
واصابع يديه ويضع بطون ثلاث اصابع من كل كف على مقدم الرأس ويعزل السبابتين
والابهامين ويجافى كفيه ويجرهما الى مؤخر الرأس ثم يمسح الفودين بالكفين الى مقدم الرأس

ويمسح ظاهر الاذنين بباطن الابهامين وباطن الاذنين بباطن السبابتين ويمسح رقبته
بظهر اليدين حتى يصير مسحهما ببلل لم يستعمل لان البلة لم تستعمل مادامت على العضو
واذا انفصلت تصير مستعملة بلا خلاف كما عرفت آنفا وبذلك ظهر ضعف ما قيل
وكيفيته ان يضع كفيه واصابعه على مقدم الرأس ويمدهما الى قفاه على وجه يستوعب جميع
الرأس ويمسح اذنيه باصبعيه ولايكون الماء مستعملا تدبر (وقيل هذه الثلثة) اى النية والترتيب
واستيعاب الرأس (مستحبة) وهو اختيار القدوري واختار صاحب الهداية كونها سنة جميعا
وجعل صاحب المختار اثنين منها سنة وهما النية والترتيب وجعل استيعاب الرأس مستحبا (والولاء)
بكسر الواو والمد بمعنى التتابع وحده المعتبر هو ان لايشتغل المتوضئ بين افعال الوضوء بعمل
ليس منه وهو ليس بشرط عندنا خلافا لمالك رحمه الله له انه عليه السلام واظب عليه ورد بان
المواظبة ليست دليل الفرض (ومسح الاذنين بماء الرأس) اى بماء مسح الرأس وقال الشافعي
بماء جديد لما روى انه عليه السلام اخذ للاذنين ماء جديدا ولنا ما روى انه عليه السلام اغترف
غرفة من ماء ومسح بها رأسه واذنيه فيحمل ما رواه على انه لم تبق في كفه بلة (ومستحبه)
اى الوضوء (التيامن) المستحب ما يثاب على فعله ولايلام على تركه التيامن بالشروع من
جانب اليمين لقوله عليه السلام ان الله يحب التيامن في كل شئ حتى التنعل والترجل الترجل
مشط الرجل شعره فان قلت قد واظب النبي عليه الصلوة والسلام على التيامن فكان حقه
ان يكون من السنن قلت انما واظب عليه على سبيل العادة والمعتبر في السنية المواظبة على سبيل
العبادة (ومسح الرقبة) لا الحلقوم فان مسحه بدعة كما في الظهيرية وليس مراد المصنف
حصر مستحباته فيما ذكره لان له مستحبات كثيرة وعبر عنها بعضهم بالآداب فقالوا ومن آدابه
اى بعض آدابه استقبال القبلة عند الوضوء ودلك اعضائه وادخال خنصره صماخ اذنيه وتقديمه
على الوقت لغير المعذور وتحريك خاتمه الواسع وان كان ضيقا يجب نزعه او تحريكه وعدم
الاستعانة بالغير وعن الوبرى لابأس بصب الخادم وعدم التكلم بكلام الناس والجلوس في مكان مرتفع
احترازا عن الماء المستعمل والجمع بين نية القلب وفعل اللسان والتسمية عند كل عضو والدعاء
بالمأثورات من الادعية عند غسل كل عضو بان يقول عند المضمضة اللهم اعني على تلاوة القرآن
وذكرك وشكرك وحسن عبادتك وعند الاستنشاق اللهم ارحني رائحة الجنة وعند غسل وجهه
اللهم بيض وجهي يوم تبيض وجوه وتسود وجوه وعند غسل يده اليمنى اللهم اعطني كتابي
بيميني وحاسبني حسابا يسيرا وعند يده اليسرى اللهم لاتعطني كتابي بشمالي ولا من وراء ظهري
ولاتحاسبني حسابا عسيرا وعند مسح رأسه واذنيه اللهم اجعلني من الذين يستمعون القول فيتبعون
احسنه وعند مسح عنقه اللهم اعتق عنقي من النار وعند غسل رجله اليمنى اللهم ثبت قدمي على
الصراط يوم تزول فيه الاقدام وعند غسل رجله اليسرى اللهم اجعل سعيي مشكورا وذنبي
مغفورا وعملي مقبولا مبرورا وتجارة لن تبور بفضلك ياعزيز ياغفور والصلاة على النبي عليه السلام
بعد الوضوء وان يقول اللهم اجعلني من التوابين واجعلني من المتطهرين وان يشرب بعده من
فضل وضوئه مستقبل القبلة قائما قالوا لم يجز شرب الماء قائما الا هنا وعند زمزم ويكره لطم الوجه
بالماء والاسراف فيه وتثليث المسح بماء جديد (والمعاني الناقضة له) اى للوضوء لما فرغ من
بيان الوضوء فرضه وسنته ومستحبه بدأ بما ينافيه من العوارض اذ رافع الشئ يكون بعده واراد
بالمعاني العلل المؤثرة في نقض الوضوء والنقض متى اضيف الى الاجسام يراد به ابطال تأليفها
ومتى اضيف الى غيرها يراد به اخراجه عما هو المطلوب والمطلوب من الوضوء استباحة ما لا يجوز
فعله بدونه سواء كان ذلك الصلاة او مس المصحف او غيرهما (خروج شئ من احد السبيلين)

معتادا كالبول والغائط اوغير معتاد كالدودة وان خرجت من الاحليل كما فى الخلاصة وغيرها الا فى رواية وبهذا ظهر فساد ماقيل من ان الدودة الخارجة من الاحليل لاتنقض اتفاقا انما الاختلاف فى الخارجة من القبل (سوى ريح القبل والذكر) لانها غير نجسة لعدم الانبعاث عن محل النجاسة الا ان يجد فرجها مع دبرها فحينئذ المنتنة ناقضة دون غيرها (وخروج نجس) بفتح الجيم عين النجاسة (من البدن ان سال بنفسه) اى بقوة نفسه لا بالعصر (الى ما يلحقه حكم التطهير) فى الوضوء او الغسل وعن هذا قال اصحابنا اذا نزل دم من الرأس الى قصبة الانف نقض الوضوء لتجاوزه الى موضع يجب تطهيره فى الغسل بخلاف البول اذا نزل الى قصبة الذكر لعدم تجاوزه الى موضع يجب تطهيره فيه والمراد من حكم التطهير الوجوب وقد افصح عن ذلك صدر الشريعة حيث قال فى شرح الوقاية الى موضع يجب تطهيره فى الجملة كما فى الاصلاح وغفل عن هذا صاحب الفرائد حيث قال اى يلحقه حكم هو التطهير وهو من اضافة الجنس الى النوع كقوله علم الطب فليتأمل وحد الخروج الانتقال من الباطن الى الظاهر وذلك لا يعرف الا بالسيلان عن موضعه بخلاف ما لو ظهرت النجاسة عن رأس السبيلين وان لم تسل تنقض الوضوء وقال زفر الخارج من غير السبيلين ينقضه كالخارج سال او لم يسل وقال الشافعى لا ينقضه سال او لم يسل (والقئ ملأ الفم) واختلف فى حده والصحيح انه ما لا يقدر على امساكه وقيل ما لا يمكن الكلام فيه وهو الاصح كما فى التبيين وقال زفر قليله وكثيره سواء فى نقض الوضوء (ولو طعاما او ماء او مرة او علقا) المرة بالكسر احدى الطبائع الاربع ذكره الجوهرى والفقهاء يريدون ما يعم الصفراء والسوداء والمراد ههنا الصفراء فقط بمقابلة العلق لان المراد به هنا السوداء ولذا اعتبر فيه ملأ الفم (لا بلغما مطلقا) اى نازلا من الرأس او صاعدا من الجوف ملأ الفم او لا لانه للزوجته لا تتداخله النجاسة يعنى ان اللزوجة القائمة بالبلغم تمنعه عن قبول النجاسة فاشبه السيف الصقيل بخلاف الطعام لانه يحتله فيخصه تأثير المجاورة وما يتصل به قليل والقليل فى غير السبيلين غير ناقض (خلافا لابى يوسف فى الصاعد من الجوف) لانه يتنجس فى المعدة بالمجاورة بخلاف النازل من الرأس فانه ليس بمحل النجاسة وبهذا ظهر ضعف ما قيل ان البلغم نجس مطلقا عند ابى يوسف لانه احدى الطبائع الاربع حتى ان من صلى ومعه خرقة المخاط لا تجوز صلاته واختلف فى كون نجاسة القئ مخففة او مغلظة واختار صاحب الاختيار وكثير من المشايخ ان تكون مغلظة وقالوا كل ما يخرج من بدن الانسان موجبا للتطهير فنجاسته غليظة كالغائط والبول والدم والصديد والقئ ولا خلاف فيه وكذا المنى والحقوا ماء فم النائم اذا صعد من الجوف اصفر او منتنا وهو مختار ابى النصر ولو نزل من الرأس فطاهر اتفاقا وفى التجنيس انه طاهر كيف ما كان وعليه الفتوى (ويشترط فى الدم المائع والقيح مساواة البزاق لا الملأ خلافا لمحمد) قيد بالمائع لان العلق لا ينقض الوضوء ما لم يملأ الفم اعلم ان الدم الواقع فى الفم لا يخلو اما ان يحصل فى الفم او ينزل من الرأس او يصعد من الجوف فالاول ناقض عند الغلبة وعند المساواة احتياط وان كان اقل لا ينقض والثانى ناقض اتفاقا وان قل لوجود السيلان من الجرح الذى وقع فى الرأس بقوة نفسه الى موضع يلحقه حكم التطهير فى الجملة والثالث ناقض عندهما ان سال بقوة نفسه لا بقوة البزاق وعند الغلبة يتحقق السيلان بقوة نفسه وعند محمد لا ينقض حتى يملأ الفم اعتبارا لسائر انواع القئ والمراد هنا هو الصاعد من الجوف بدلالة تعليل صاحب الهداية هذه المسئلة بقوله لان المعدة ليست بموضع الدم وبهذا ظهر فساد ما قيل من ان كلام المصنف لا يظهر حمله على واحد من الاقسام (وهو) اى محمد (يعتبر اتحاد السبب لجمع ما قاء قليلا قليلا) اراد بالسبب الغثيان فان كان بغثيان واحد يجمع عنده وان كان فى مجالس لان الاصل اضافة الفعل الى سببه ومعيار الاتحاد

في الغثيان ان بقي ثانيا ان قبل سكون النفس فان سكنت ثم قاء فهو غثيان آخر (وابو يوسف) يعتبر بجمع ما قاء قليلا قليلا (اتحاد المجلس) وان لم يكن بغثيان واحد لان اتحاد المجلس جامع المتفرقات كما ان تلاوات آية سجدة تتحد باتحاد المجلس وفي شرح الوافي الاصح قول محمد اعلم ان الخلاف فيما اذا اتحد المجلس دون السبب اوالسبب دون المجلس اما اذا اتحدا فيجمع اتفاقا اوتعددا فلا يجمع اتفاقا (وما ليس حدثا ليس نجسا) فيلزم من انتفاء كونه حدثا انتفاء كونه نجسا فالدم اذا لم يسل عن رأس الجرح طاهر وكذا القيء القليل وهذا لاينعكس كليا لان الاغماء حدث ليس بنجس الا ان يراد به مايخرج من البدن فيكون منعكسا والمذكور هنا قول ابي يوسف وقال صاحب الهداية وهو الصحيح وهو اختيار بعض المشايخ لكونه ارفق خصوصا في حق اصحاب القروح وعن محمد في غير رواية الاصول انه نجس لانه لا اثر للسيلان في النجاسة فاذا كان السائل نجسا فغير السائل يكون كذلك وقال صاحب الاصلاح في حل هذا المحل وما ليس بحدث يعني اقلته ليس بنجس فلا نقض بالجرح القائم والرعاف الدائم قال الفاضل الشهير بقاضي زاده بقي ههنا شيء وهو ان عين الخمر مثلا ليس بحدث مع انه نجس في الشرع بلا ريب فيلزم ان تنتقض القاعدة المذكورة وقد دفعه بعض الفضلاء حيث قالوا الكلام فيما يبدو من بدن الانسان اذ غيره لايكون حدثا وقد يكون نجسا كالخمر وقال صاحب الفرائد بقي شيء آخر وهو ان تلك القاعدة وان حملت على مايبدو من بدن الانسان يشكل بما اذا شرب انسان خمرا او بولا فقاءهما في الحال اقل من ملأ الفم فان الظاهر ان لاينتقض الوضوء به لما تقرر عندهم ان فيما دون ملأ الفم من اي نوع كان لاينقض الوضوء فاذا لم ينقض الوضوء لايكون حدثا مع ان البول والخمر نجسان لامحالة وان قلا فتفكر في جوابه انتهى وجوابه ان الخمر والبول نجسان قبل شربهما فان قاءهما في الحال قاء نجسا بعينهما لابالمجاورة بخلاف مانحن فيه تدبر (والجنون) هو سلب العقل وانما كان ناقضا لعدم تمييزه الحدث عن غيره (والسكر والاغماء) والسكر ليس بداخل في حد الاغماء لانه ليس بمرض وحده المعتبر ان لايفرق الرجل من المرأة والاغماء ذهاب الحركة والحس وبطلان الافعال بسبب امتلاء بطون الدماغ من البلغم البارد والغشي مثله الا انه يصير بسبب انحلال القوى التي في القلب ولاتعلق له بالدماغ ولهذا جاز الاغماء والغشي على الانبياء عليهم السلام ولم يجز الجنون وان كانا ناقضين لزوال المسكة بهما (وقهقهة بالغ) عمدا كانت اوسهوا وهي مايكون مسموعا له ولجيرانه وسواء ظهرت اسنانه اولا والضحك مايكون مسموعا له دون جيرانه وتبطل الصلوة دون الوضوء والتبسم مالاصوت له اصلا وليس يبطل واحد منهما لكن تكره الصلوة به وانما قيد بالبالغ لان قهقهة الصبي تبطل الصلوة ولاتنقض الوضوء (في صلوة ذات ركوع وسجود) ومايقوم مقامهما من الايماء والصلوة على الدابة فلاتنقض القهقهة في صلوة جنازة ولا في سجدة التلاوة وان افسدتهما ولاتنقض القهقهة المغتسل في الاصح وللشافعي خلافا في انتقاض الوضوء بالقهقهة لنا قوله عليه الصلوة والسلام الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة جميعا (ومباشرة فاحشة) عند الشيخين وهي ان يباشر امرأته مجردين وانتشر آلته واصاب فرجه فرجها ولم ير بللا وكذا ان يباشر الرجل الرجل لان المباشرة على هذه الصفة لاتخلو غالبا عن المذي فجعل الغالب كالمتيقن احتياطا ولم يشترط بعضهم ملاقاة الفرج والظاهر الاول لما ذكره كثير من الفقهاء وفي صيغة المفاعلة اشارة الى انتقاض الوضوء من اي جانب كان سواء كان بين الرجل والمرأة او بين الرجلين (خلافا لمحمد) لان عنده لاينتقض الا اذا تبين خروج شيء لان الوضوء ثابت بيقين فلا يرتفع بالوهم والاول احوط (ونوم مضطجع) اي واضع احد جنبيه على الارض هذا اذا كان خارج الصلوة واما اذا كان فيها كالمريض اذا صلى مضطجعا

ففيه اختلاف والصحيح انه ينتقض ايضا (اومتكئ) باحد وركيه فهو كالمضطجع لزوال المسكة
(اومستند الى مالوازيل لسقط) بحيث يكون مقعده زائلا عن الارض لان الاسترخاء يبلغ غايته
بهذا النوع من الاستناد الاان السند يمنعه عن السقوط وان لم يزل لاينتقض فى اصح الروايتين عند
الامام لان استقرار المقعد على الارض يمنع عن الخروج وعن الطحاوى والقدورى انه ينتقض لحصول
غاية الاسترخاء والجالس اذانام ثم سقط ان انتبه قبل ان يصل جنبه الى الارض لاينتقض وقيل ينتقض
بمجرد ارتفاع مقعده عن الارض والاول اصح كما فى الظهيرية وفى الخلاصة الاول قول الامام
والثانى قول محمد وعن ابى يوسف ان استقرنائما بعد السقوط انتقض والافلا (لانوم قائم اوقاعد
اوراكع اوساجد) فى الصلوة اوفى خارجها على الصحيح عندنا خلافا للشافعى مطلقا وفى المحيط
انما لاينقض نوم الساجد اذاكان رافعا بطنه عن فخذيه جافيا عضديه عن جنبيه وان ملتصقا
بفخذيه معتمدا على ذراعيه فعليه الوضوء (ولاخروج دودة من جرح) وكذا من اذن اوانف
لانها متولدة من لحم طاهر وماعليها قليل والقليل غير ناقض فى غير السبيلين (اولحم) بالرفع
عطف على الخروج (سقط منه) اى من الجرح (ومس ذكره) بباطن الكف (وامرأة) اى
مس بشرتها وكذا مس الدبر والفرج مطلقا خلافا للشافعى فى الكل (وفرض الغسل) من الجنابة
والحيض والنفاس اخر الغسل عن الوضوء اقتداء بعبارة الكتاب فان الغسل مذكور مؤخرا عن
الوضوء فى النظم الدال عليهما ولان الحاجة الى الوضوء اكثر فقدمه اهتماما الغسل بضم الغين
اسم من الاغتسال وهو تمام غسل الجسد واسم للماء الذى يغتسل به ايضا وبالفتح مصدر غسل
اوالفتح اشهر وافصح عند اهل اللغة وبالضم استعمله اكثر الفقهاء وركنه اسالة الماء على جميع
مايمكن اسالته عليه من غير حرج مرة واحدة حتى لوبقيت لمعة لم يصبها الماء لم يتم الغسل
فما فى غسله حرج كداخل العين يسقط (غسل الفم والانف) هما فرضان عملا لا اعتقادا حتى
لايكفر جاحدهما ولهذا قال مالك والشافعى غسلهما فى الغسل سنة كما حقق فى موضعه وفى الخلاصة
رجل اغتسل ونسى المضمضة لكن شرب الماء على وجه السنة لايخرج عن الجنابة وان شرب
لاعلى وجه السنة يخرج وفى واقعات الناطفى لايخرج مالم يمجه وهذا احوط (وسائر البدن مرة)
حتى داخل القلفة فى الاصح ويجب ايصال الماء الى اثناء اللحية كلها بحيث يصل الى اصولها
اذلاحرج فيه كما فى المحيط وكذا غسل السرة والشارب والحاجب والفرج الخارج ولو بقى العجين
فى الظفر فاغتسل لايكفى وفى الدرن والطين يكفى لان الماء ينفذ وكذا الصبغ والحناء (لادلكه)
بل هو سنة فى رواية ومستحب فى اخرى وواجب فى رواية عن ابى يوسف واعترض المصنف
لنفى فرضية الدلك صريحا لان صيغة المبالغة مظنة توهم فرضيته خلافا لمالك (قيل ولاادخال الماء
جلدة الاقلف) قال صاحب فتح القدير انه مستحب لان فى ادخاله حرجا وقال بعض المشايخ
لايجب ايصال الماء الى داخل القلفة مع انه ينتقض الوضوء به اذا نزل البول اليها فلها حكم الباطن
فى الغسل وحكم الظاهر فى انتقاض الوضوء انتهى هذا ليس بصحيح اذلاحرج فيه والمقام
مقام الاحتياط كما فى البدايع وغيره (وسنته) اى الغسل آثر صيغة الافراد فانه لوجمعها لتبادر
الى الافهام ان كل واحد من الامور المذكورة سنة على حدة ثبتت مواظبته عليه السلام عليه
وذلك غيرمعلوم وانما المعلوم انه عليه السلام اغتسل على هذه الكيفية غسل يديه فى ابتدائه
بعد التسمية والنية بقلبه ويقول بلسانه نويت الغسل لرفع الجنابة كما ابتداء الوضوء وقيدنا
بفى ابتدائه لان غسل اليدين داخلان فى غسل سائر البدن والمراد هنا (غسل يديه) قبل سائر
الاعضاء لكونهما آلة التطهير وهو سنة ولم يذكر المصنف بناء على ظهوره (وفرجه) اى ثم فرجه
لانه مظنة النجاسة (وغسل نجاسة ان كانت) قال صاحب الفرائد فى حل هذا المحل نقلا عن الفاضل

المعروف بقاضي زاده ووقع في اكثر نسخ الهداية ويزيل النجاسة بلام التعريف واتفق شراحها على ان الاصح نسخة التنكير لان لام التعريف اما للعهد او للجنس بمعنى الطبيعة من حيث هي او الاستغراق بمعنى كل فرد او للعهد الذهني بمعنى فرد ما والكل باطل انتهى هذا بحث طويل فيه اسؤلة واجوبة واعتراضات لكن كلها غير واردة والصواب ان لام التعريف يمكن ان يكون للعهد الخارجي لانه ذكر في نواقض الوضوء مطلق النجاسة المتنوعة الى قسمين حقيقي وحكمي فاشار بلام التعريف هنا الى احد قسميها الحقيقي فلا محذور فيه او نقول المراد من النجاسة النجاسة المعهودة فيما بينهم فيجوز ان يشير بغير سبق ذكرها تدبر (والوضوء الا رجليه) استثناء متصل لان المعنى وغسل اعضاء الوضوء الا رجليه واختلف في مسح رأسه والصحيح انه يمسح (وتثليث الغسل المستوعب) جميع البدن باديا بمنكبه الايمن ثلاثا ثم الايسر ثلاثا ثم رأسه وسائر جسده ثلاثا في الاصح قيد المصنف بالمستوعب لانه ان لم يحصل بالثلث استيعاب جميع البدن يجب ان يغسل مرة بعد مرة حتى حصل والا لا يخرج عن الجنابة وبهذا ظهر فساد ما قيل ولفظ المستوعب اخذه من مجمع البحرين ولا يرى له فائدة معتدة بها تدبر (ثم غسل الرجلين لا في مكانه) اى مكان الغسل (ان كان) اى الغاسل (في مستنقع الماء) قال صاحب الهداية انما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر وقال الباقاني هذا على تقدير كون الماء المستعمل نجسا واما على تقدير كون الماء المستعمل طاهرا غير مطهر كما هو ظاهر الرواية عن طرفين وعليه الفتوى غسل الرجلين وهذا اولى فعدم افادة الغسل غير مسلم انتهى لكن فيه كلام لان رجليه ان كانتا في مستنقع الماء المستعمل لا يمكن الغسل بالماء المطهر مادامتا ثابتتين فيه ولذا يحتم التأخير وان ارتفعتا يمكن ومراد صاحب الهداية الاول بدلالة قوله لانهما في مستنقع الماء المستعمل فليتأمل (وليس على المرأة نقض ضفيرتها) الضفيرة مثل العقيصة وزنا وهي الشعر المفتول بادخال بعضه بعضا والعقص جمعه على الرأس كذا في المغرب وفسرها صاحب الغاية بالذوائب وهذا انسب وانما خص المرأة بالذكر لان الرجل اذا كان ضفر الشعر كالعلوية والاتراك فالعمل بوجوب النقض (ولا بلها ان بل اصلها) لقوله عليه السلام لام سلمة رضي الله عنها يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك هذا اذا كانت مفتولة اما اذا كانت منقوضة يجب ايصال الماء الى اثناء الشعر كما في اللحية لعدم الحرج (وفرض الغسل (لانزال مني) من العضو وهو ما خلق منه الولد رائحته عند خروجه كرائحة الطلع وعند يبسه كرائحة البيض وسبب وجوبه ما لا يحل مع الجنابة كما في الفتح (ذي دفق هو شرط في الوجوب) على قول ابي يوسف (وشهوة) شرط بالاتفاق عندنا خلافا للشافعي لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم الماء من الماء ولنا ان الامر في قوله تعالى ﴿وان كنتم جنبا فاطهروا﴾ الجنب والجنب في اللغة هو الذي خرج منه مني على وجه الشهوة وغيره ليس في معناه فلا يتناوله النص ولا يلحق به ويؤيده حديث ام سليم وما رواه ان لم يكن منسوخا فهو محمول على خروج المني عن شهوة (ولو في نوم عند انفصاله) من الظهر متعلق بشهوة ولو اتصل لكان اولى اى بشرط الشهوة عند انفصاله من الظهر (لا خروجه) من العضو عند الطرفين (خلافا لابي يوسف) لان وجوب الغسل متعلق بانفصال المني وخروجه وقد شرطت الشهوة عند انفصاله فتشترط عند خروجه وله ما ان الشهوة لما كان لها مدخل في وجوب الغسل وقد وجدت عند انفصال المني فلا تشترط عند خروجه وثمرة الخلاف فيمن امسك ذكره حتى سكنت شهوته فخرج بلا شهوة فيجب الغسل عندهما لا عنده وفيمن امنى ثم اغتسل قبل ان يبول او ينام او يمشي فخرج المني يجب الغسل ثانيا عندهما لا عنده اما لو خرج منه بعد النوم او البول او المشي فلا يجب عليه الغسل اتفاقا وفي السراج الوهاج الفتوى

على قول ابي يوسف في حق الضيف وعلى قولهما في غيره قال المولى المعروف بأخي چلبي نقلا عن المعراجية ذي دفق من الرجل وشهوة اي من المرأة ثم قال اقول يفهم منه انتفاء الدفق في ماء المرأة وليس بصواب لان الله تعالى اسند الدفق الى مائها ايضا حيث قال الله تعالى * خلق من ماء دافق الآية صرح به في البيانية انتهى لكن يمكن الجواب بحمل الآية على التغليب وهو نوع من البلاغة لان الدفق في مني المرأة غير ظاهر فليتأمل (و) فرض (لو) يقظ (مستيقظ) لم يتذكر الاحتلام بللا ولو مذيا) عند الطرفين (خلافا له) اي لابي يوسف له ان الاصل براءة الذمة فلا يجب الا بيقين وهو القياس ولهما ان النائم غافل والمني قد يرق بالهواء فيصير مثل المذي فيجب عليها احتياطا والمرأة مثل الرجل في الاصح وانما قيد بالمستيقظ لان المغشي عليه او السكران اوافاق او صحا ثم وجد بللا لا يجب عليهما الغسل اتفاقا وفي الجواهر ان استيقظ فوجد في احليله بللا ولم يتذكر حلما ان كان ذكره منتشرا قبل النوم فلا غسل عليه وان كان ساكنا فعليه الغسل هذا اذا نام قائما او قاعدا فاما اذا نام مضطجعا او تيقن انه مني فعليه الغسل وهذه المسئلة يكثر وقوعها والناس عنها غافلون (ولايلاج حشفة) او قدرها اذا كان مقطوع الرأس (في قبل او دبر من آدمي حي وان لم ينزل) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا غابت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه سبب الانزال ونفسه تتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه كما في الهداية وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية حتى ان الفسقة يرجحونه على القبل لما يدعون فيه اللين والحرارة والضيق وعن هذا قال بعضهم ان محاذاة الامرد في الصلاة تفسد الصلاة كالمرأة وقال صاحب الدرر وقيد آدمي احترازا عن الجني وفي المحيط لو قالت امرأة معي جني يأتيني فاجد في نفسي ما اجد اذا جامعني زوجي لا غسل عليها لانعدام سببه وهو الايلاج او الاحتلام انتهى لكن فيه بحث من وجوه اما اولا فلان الاحتلام مطلقا لا يوجب الغسل بلا بلل واما ثانيا فلان الايلاج مطلقا لا يوجب الغسل كايلاج البهيمة والميتة ما لم ينزل بل مقيد بايلاج الادمي الحي واما ثالثا فلان المني اذا نزل عند الملاعبة بدون الايلاج يفهم من هذا ان لا يوجب الغسل وليس كذلك (على الفاعل والمفعول) لو كانا مكلفين فلو لم يكن المفعول مكلفا يجب على الفاعل فقط وفي عكسه يجب على المفعول فقط (ولانقطاع حيض ونفاس) لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن على قراءة التشديد لان منع الزوج من القربان الذي هو حقه وجعل الغسل غاية لذلك المنع دليل على وجوب الغسل والتحقيق ان سبب الوجوب ههنا هو الحدث الحكمي الثابت بخروج الدم الا ان ايجابه الغسل مشروط بانقطاعه فلذلك نسب الايجاب اليه وهذا الحدث الحكمي بمنزلة الجنابة الثابتة بسبب الانزال او الادخال وهذا بحث طويل فليطلب من شرح الهداية لابن كمال الوزير (لا) يفرض (لمذي) بسكون الذال المعجمة هو ماء رقيق ابيض خارج عند الملاعبة لقوله عليه الصلاة والسلام كل فحل يمذي ففيه الوضوء (وودي) بسكون الدال المهملة هو ماء غليظ يخرج بعد البول (واحتلام بلا بلل) سواء كان رجلا او امرأة (وايلاج في بهيمة او ميتة بلا انزال) وكذا الايلاج في صغيرة غير مشتهاة لنقصان السببية (وسن) الغسل (للجمعة والعيدين والاحرام وعرفة) قال صاحب الهداية قيل هذه الاربعة مستحبة وسمى محمد الغسل في يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك هو واجب لقوله عليه الصلاة والسلام من اتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل وهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ ثم هذا الغسل للصلاة عند ابي يوسف وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتأذي بالرائحة انتهى وعلم من هذا الدليل ان الغسل لصلاة العيدين لا ليوم العيد وبهذا

ظهر مخالفة صاحب الدرر بقوله وسن لصلاة الجمعة هو الصحيح والعيد اعاد اللام لئلا يفهم كونه سنة لصلاة العيد تدبر وفي الظهيرية هذا الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد وفي الخانية الغسل يوم الجمعة سنة لما روي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه انه قال من السنة الغسل يوم الجمعة قال ابو يوسف لليوم واحتج بهذا الحديث وقال الشيخ الامام ابو بكر ليس الامر كما قال ابو يوسف والاغتسال للصلاة لا لليوم لاجماعهم على انه لو اغتسل بعد الصلاة لا يعتبر واذا اغتسل بعد طلوع الفجر ثم احدث وتوضأ وصلى لم يكن صلوة بغسل وقال الحسن ان اغتسل قبل طلوع الفجر وصلى بذلك الغسل كانت صلوة بغسل وان احدث وتوضأ وصلى لا يكون صلوة بغسل انتهى هذا مخالف لما نقله صاحب الهداية عن ابي يوسف والحسن الا ان يحمل على الروايتين تدبر (ووجب) الغسل (للميت كفاية) والمعنى انه ان قام به البعض سقط عن الباقين لحصول المقصود والا يأثم الكل وقيل هو سنة مؤكدة وانما اخره عن المسنون وحق الوجوب ان يتقدم عليه لان للانسان حالين حال الحيوة وحال الممات وحال الحيوة مقدم على حال الممات وهذا الغسل من قبيل الثاني والانسب التأخير ولهذا ظهر ضعف ما قيل في حل هذا المحل ولو قدم قسم الواجب على السنة كان اولى (و) يجب (على من اسلم جنبا) واما تأخيره مع كونه واجبا فلاختلاف الرواية في وجوبه في رواية عن الامام يجب الغسل عليه اذا اسلم جنبا او جوبه بارادة الصلاة وهو عندها مكلف فصار كالوضوء ولان الجنابة صفة مستدامة ودوامها بعد الاسلام كانشائها فيجب الغسل وفي رواية اخرى عنه انه لا يجب لانه ليس بمخاطب بالشرايع فصار كالكافرة اذا حاضت وطهرت ثم اسلمت لا يجب عليها الغسل (والا ندب) اي ان اسلم ولم يكن جنبا فان الغسل مندوب له وندب الغسل ايضا لدخول مكة والمدينة ولمجنون افاق والصبي اذا بلغ بالسن وعند حجامة وفي ليلة برات او قدر اذا رأها وعند الوقوف بمزدلفة غداة يوم النحر وعند دخوله منى يوم النحر ولطواف الزيارة ولصلوة كسوف واستسقاء وفزع وظلمة وريح شديدة لورود الادلة المفيدة لذلك (ولا يجوز لمحدث) مطلقا سواء كان بالحدث الاصغر او الاكبر (مس مصحف الا بغلافه المنفصل) كالخريطة ونحوها (لا المتصل) لان المتصل بالمصحف هو منه الا ترى انه يدخل في بيعه بلا ذكر وكذا مس كتب التفاسير والاحاديث والكتب الشرعية لكن رخص بعض الفضلاء المس باليد في الكتب الشرعية الا التفسير وفي السراج الوهاج المستحب ان لا يأخذ الكتب الشرعية بالكم ايضا بل يجدد الوضوء كلما احدث وهذا اقرب الى التعظيم قال الحلواني انما نلت هذا العلم بالتعظيم فاني ما اخذت الكاغد الا بطهارة والامام السرخسي كان مبطونا في ليلة وكان يكرر درس كتابه فتوضأ في تلك الليلة سبع عشر مرة هذا (في الصحيح) كذا في الهداية وكثير من الكتب وعليه الفتوى (وكره) المس (بالكم) هو الصحيح لانه تابع للحامل وفي الدرر خلافه (ولا) يجوز (مس درهم فيه سورة) كسورة الاخلاص قال الباقاني ولو قال فيه آية لكان اولى للشمول ولو عمم بما قلنا سابقا لاستغنى عن ذكر هذه المسئلة انتهى لكن لو قال فيه شئ من القرآن لكان اولى سواء كان آية او دونها لان ما دون الآية عند اكثر الفقهاء يساويها في الحكم وهو الصحيح وانما قيد بالسورة لانها كانت على بعض الدراهم كسورة الاخلاص ونحوها (الا بصرته) لانها بمنزلة الغلاف (ولا) يجوز (لجنب دخول المسجد) ولو على وجه العبور خلافا للشافعي (الا ضرورة) بان كان طريقه المسجد قال صاحب التسهيل ان احتاج يتيمم ويدخل (ولا قرأة القرآن ولو دون آية الا على وجه الدعاء او الثناء) بان لم يقصد القرأة فيقول الحمد لله شكرا للنعمة فحينئذ يجوز بلا كراهة وكذا قرأة الفاتحة على وجه الدعاء هو المختار ويكره لجنب كتابة القرآن وقراءة التورية والانجيل والزبور وكذا دخول الخلاء وفي اصبعه خاتم فيه شئ من القرآن او من اسماء الله تعالى لما فيه من ترك التعظيم وقيل لا يكره ان جعل فصه الى باطن الكف ولو كان

مافيه شيء من القرآن اومن اسماء الله تعالى فى جيب ه لا بأس به وكذا لو كان ملفوفا فى شيء لكن التحرز اولى ولا يكره له قراءة القنوت هو الصحيح ولا النظر الى القرآن ولا مس صبي المصحف واللوح لان فى تكليفهم بالوضوء حرجا بهم وفى تأخيره الى البلوغ تقليل حفظ القرآن فرخص للضرورة (ويجوز الذكر والتسبيح والدعاء) لبقائها على اصل الاباحة (الحائض والنفساء كالجنب) فى جميع ما ذكر من الاحكام ويجوز لهما التهجى بالقرآن والمعلمة اذا حاضت فعند الكرخى تعلم كلمة كلمة وتقطع بين كلمتين وعند الطحاوى تعلم نصف آية وتقطع ثم تعلم نصف الاخر لان مادون الآية عنده لا يمنع

﴿فصل﴾ الفصل فى اللغة ظاهر وفى الاصطلاح طائفة من المسائل تغيرت احكامها بالنسبة الى ما قبلها فان وصل الى ما بعده نون والا فلا لما فرغ من بيان احكام الطهارتين وما يوجبهما وما ينقضهما شرع فيما تحصل به الطهارة فقال (وتجوز الطهارة بالماء المطلق) عند القدرة عليه والمطلق ما يتعرض للذات دون الصفات قال اهل الاصول هو المتعرض للذات فحسب والمقيد هو المتعرض للذات والصفات والمراد به ههنا ما يسبق الى الافهام بمطلق قولنا الماء ويقال المطلق ما لا يحتاج فى تعرف ذاته الى شيء آخر والمقيد ما لا يتعرف ذاته الا بالقيد (كماء السماء والعين والبئر والاودية والبحار) لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا كما فى الهداية وغيرها هذه الآية تدل على كل فرد من افراد الدعوى ان كان اصل كل المياه من السماء كما نطق به قوله تعالى الم تر ان الله انزل من السماء ماء فسلكه ينابيع فى الارض الآية وعلى بعضها ان لم يكن كذلك لكن الآية الكريمة تدل على ان الماء الطهور انزل من السماء والمدعى كون ما انزل منه من السماء طهورا فلا يتم التقريب ولو سلم فاللازم من الآية كون الماء طهورا وهو لا يستلزم كونه مطهرا لغيره لان اصحابنا يصرحون بان ليس معنى الطهور لغة ما يطهر غيره بل انما هو البالغ فى طهارته اى طهارته قوية والاولى ان يستدل بقوله تعالى وينزل من السماء ماء ليطهركم به فتدبر وانما جعل المص ماء العين وما عطف عليه قسيما لماء السماء وليس كذلك بل الجميع على القول الصحيح ماء السماء كما بين آنفا بناء على الظاهر (وان) وصلية (غير طاهر بعض اوصافه كالتراب والزعفران والصابون) هذا الحكم فيما اذا كان الماء رقيقا بعد الاختلاط اما اذا كان ثخينا بان غلب عليه الشيء المختلط فلا تجوز وقيد المص ببعض اوصافه اشارة الى ان المتغير لو كان كلها يعنى اللون والطعم والرائحة لا يجوز لكن المنقول عن بعض اصحابنا انه يجوز الا يرى الى ما قال صاحب النهاية نقلا عن الاساتذة واما ماء الحوض اذا تغير لونه وطعمه ورائحته اما بمرور الزمان او بوقوع الاوراق كان حكمه حكم الماء المطلق وفيه كلام لان هذا مخالف لما اشار اليه المص لكن يمكن التوجيه بان نقل صاحب النهاية محمول على الضرورة فلا ينافى القول بعدم الجواز عند عدم الضرورة كما فى التحفة وقال الشافعى لا يجوز التوضؤ بماء الزعفران واشباهه مما ليس من جنس الارض لانه ماء مقيد الا يرى انه يقال له ماء الزعفران بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنها عادة ولنا ان الاسم باق على الاطلاق الا يرى انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران واشباهه كاضافته الى البئر والعين يعنى انها للتعريف لا للتقييد وعلامة اضافة التقييد قصور الماهية فى المضاف كان قصورها قيده كيلا يدخل المطلق مثاله حلف لا يصلى فصلى الظهر يحنث لانها صلاة مطلقة واضافتها الى الظهر للتعريف ولا يحنث بصلاة الجنازة لانها ليست بصلاة مطلقة واضافتها اليها للتقييد (اوانتن بالمكث) عطف على ان غير المكث بفتح الميم مصدر بمعنى الانتظار والماضى منه مكث بفتح الكاف وضمها والاسم منه مكث بضم وكسرها (لا) تجوز الطهارة (بماء خرج عن طبعه) وهو الرقة والسيلان (بكثرة الاوراق) اى بوقوع الاوراق الكثيرة لانه يتغير اوصافه جميعا وان جوزه الاساتذة على ما نقله صاحب النهاية قال صاحب الفرائد لا يمكن الحمل الا على اختلاف الروايتين كما صرح به

المولى اخى چلبى انتهى لكن يمكن الحمل على ما بين آنفا تدبر (او بغلبة غيره) بان يكون اجزاء المخالط ازيد من اجزاء الماء وهو قول ابى يوسف فى الصحيح لانه غلبة حقيقة لرجوعها الى الذات بخلاف الغلبة باللون فانها راجعة الى الوصف ومحمد اعتبر الغلبة باللون فى الصحيح عنه لان اللون مشاهد وفى المحيط عكسه وفى هذه المسئلة اختلافات كثيرة فليطلب من شروح الكنز وغيرها (او بالطبخ كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلاء والمرق) قال صاحب الفرائد جعل المصنف الاشربة والخل مثالين بما غلب عليه غيره فيكون المراد من الاشربة الحلو المخلوط بالماء كالدبس والشهد المخلوطين بالماء ومن الخل الخل المخلوط بالماء على ما اشير اليه فى النهاية والعناية والباقى امثلة لما تغير بالطبخ انتهى وفيه كلام لانه لا وجه لان يكون الخل مثالا لما غلب عليه غيره وان كان مخلوطا بالماء فانه لا يصدق عليه انه ماء غلب عليه غيره فان الخل مثلا اذا اختلط بالماء والماء مغلوب يقال خل مخلوط بالماء لا ماء مخلوط بالخل تدبر (ولا) تجوز الطهارة (بماء قليل وقع فيه نجس ما لم يكن غديرا) قال الجوهرى والمغادرة الترك والغدير القطعة من الماء يغادرها السيل وهو فعيل بمعنى مفاعل من غادره او مفعول من اغدره ويقال فعيل بمعنى فاعل لانه يغدر باهله اى ينقطع عند شدة الحاجة اليه ويجوز ان يكون بمعنى مفعول من غدر اى ترك لانه الذى تركه ماء السيل اعلم انهم اتفقوا على ان الماء القليل يتنجس بوقوع النجاسة فيه دون الكثير واختلفوا فى الحد الفاصل بينهما فالك اعتبر تغير الوصف والشافعى قدر بالقلتين والقلتان خمسمائة رطل بالبغدادى عندهم وذكر فى وجيزهم والاشبه ثلثمائة من تقريبا لا تحديدا واصحابنا قدروا ببعد الخلوص لان عند ذلك يغلب على الظن عدم وصول النجاسة اليه ثم اختلفوا فيما يعرف به الخلوص فذهب المتقدمون الى انه يعرف بالتحريك ولهذا قال المصنف فى تعريفه (لا يتحرك طرفه المتنجس بتحريك طرفه الآخر) فهو مما لا يخلص بعضه الى بعض والمراد بالتحرك التحرك بالارتفاع والانخفاض فى ساعته لا بعد المكث اذ الماء سيال يخلص بعضه الى بعض بالاضطراب الذى يقع فيه ولو كثر لكنهم اختلفوا فى سبب التحريك فروى ابو يوسف عن الامام انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو ان يغتسل انسان فى جانب منه اغتسالا وسطا او لا يتحرك الجانب الآخر وهو قول ابى يوسف وروى ابو يوسف عن الامام رواية اخرى انه يعتبر التحريك باليدين لا غير لانه اخف وكان الاعتبار به اولى وسعة للناس وروى محمد عن الامام انه يعتبر التحريك بالوضوء لانه متوسط بين التحريك بالاغتسال والتحريك بغسل اليد قال فى المحيط وهو الاصح لانه الاوسط وعن محمد انه يعتبر بغمس الرجل وفى الغاية ظاهر الرواية عن الامام اعتباره بغلبة الظن فان غلب على ظن المتوضئ وصول النجاسة الى الجانب الآخر لا يتوضأ به والا توضأ وقال وهو الاصح وقيل يمتحن بان يلقى فيه صبغ مقدار النجاسة ان نفذ الى الجانب الآخر فهو مما يخلص بعضه الى بعض وكذا اذا اغتسل فيه وتكدر الماء فان وصلت الكدرة الى الجانب الآخر فهو مما يخلص والا فلا ومن المشايخ من اعتبر الخلوص بالمساحة وهو ان يكون عشرا فى عشر ولهذا قال المصنف (ولم يكن عشرا فى عشر) والظاهر ان يكون تفسيرا آخر للغدير لانهم فسروا الغدير العظيم بما بين آنفا بعدم التحرك او بالمساحة والمناسب على هذا التفسير ان يقول او يكون عشرا فى عشر لكن المصنف عطف على لم يكن غديرا والمعنى لا تجوز الطهارة بماء قليل وقع فيه نجس ما لم يكن غديرا او لم يكن عشرا فى عشر فكلتا الصورتين مستثنيتان عن الحكم السابق الكلى يروى ذلك عن محمد وبه اخذ مشايخ بلخ وابو سليمان الجرجانى والمعلى قال ابو الليث وهو قول اكثر اصحابنا وعليه الفتوى لانهم امتحنوا فوجدوا هذا القدر مما لا تخلص اليه النجاسة فقدروه بذلك تيسيرا على الناس وان كان الحوض مدورا يعتبر فيه ستة وثلثون ذراعا فان هذا المقدار اذا ربع كان عشرا فى عشر لان الدائرة اوسع

الاشكال مبرهن عند الحساب كذا فى الظهيرية واختلفوا فى تعيين الذراع فقال الامام ظهير الدين المعتبر ذراع الكرباس توسعة للامر على الناس لانه اقصر من ذراع المساحة باصبع لان ذراع المساحة سبع قبضات فوق كل قبضة اصبع قائمة وذراع الكرباس سبع قبضات فقط وقيل ست قبضات اربع وعشرون اصبع وفى الخانية الاصح ذراع المساحة لانه اليق بالممسوحات وفى المحيط الاصح ان يعتبر فى كل زمان ومكان ذراعهم من غير تعرض للمساحة والكرباس (وعمقه) اى عمق الغدير (ما لا تحسر) اى لا تنكشف (الارض بالغرف) هو الصحيح (فانه) اى الغدير العظيم (كالجارى) اى حكمه حكم الجارى (وهو) اى الجارى (ما يذهب بتبنة) هذا مختار الهداية والكافى وفى التحفة والبدايع الاصح انه ما يعده الناس جاريا (فيجوز الطهارة به ما لم ير) اى لم يعلم والرؤية ههنا استعارة لمعنى العلم فينتظم الطعم والرايحة (اثر النجاسة وهو لون او طعم او ريح) ان كانت غير مرئية يتوضأ من جميع الجوانب وان كانت مرئية لا يتوضأ من موضع النجاسة بل من الجانب الآخر قال صاحب الاصلاح نقلا عن صاحب التحفة اذا وقع النجس فى الماء فاما ان يكون الماء جاريا او راكدا فان كان جاريا ان كانت النجاسة غير مرئية فانه لا ينجس ما لم يتغير طعمه او لونه او ريحه وان كانت مرئية مثل الجيفة ونحوها فان كان النهر كبيرا فانه لا يتوضأ من اسفل الجانب الذى وقعت فيه النجاسة ولكن يتوضأ من الجانب الآخر لانه تيقن وصول النجاسة الى الموضع الذى يتوضأ منه وان كان النهر صغيرا بحيث لا يجرى بالجيفة بل يجرى الماء عليها ان كان يجرى عليها جميع الماء فانه لا يجوز التوضؤ به من اسفل الجيفة لانه ينجس جميع الماء والنجاسة لا تطهر بالجريان وان كان يجرى عليها بعض الماء فان كان يجرى عليها اكثر الماء فهو نجس وان كان يجرى عليها اقل الماء فهو طاهر لان العبرة بالغالب وان كان يجرى عليها النصف يجوز التوضؤ به فى الحكم ولكن الاحوط ان لا يتوضأ منه انتهى قال صاحب الفرائد فى نقله قصور لانه قال فى ابتداء كلامه فاما ان يكون الماء جاريا او راكدا ثم بين حكم الماء الجارى فقط وسكت عن حكم الماء الراكد والمقسم يقتضيه انتهى فيه كلام لانه اقتصر العلامة فى هذا المحل على بيان حكم الماء الجارى لان سياق كلامه يقتضى بيان هذا الحكم فقط ثم بين حكم الماء الراكد بعد اسطر فقال ولا بماء راكد وقع فيه نجس الى آخره وغفل المخطئ عن سياقه وسياقه فاخطأ تدبر (والماء المستعمل طاهر غير مطهر هو المختار) قدم الكلام فى حكم الماء المستعمل على تعريفه اهتماما لشان ما هو المقصود واشارة الى ان التعريفات انما تقع تبعا وضرورة لان البحث عن حقايق الاشياء ليس من وظيفة اهل هذا الفن والاصل فى ذلك ان محمدا روى فى عامة كتبه عن اصحابنا جميعا ان الماء المستعمل طاهر غير مطهر وهو ظاهر الرواية عن الامام وعليه الفتوى لعموم البلوى وقال مالك طاهر ومطهر اذا كان الاستعمال لم يغيره لكنه مكروه مع وجود غيره مراعاة للخلاف وللشافعى ثلثة اقوال واظهرها كقول محمد وفى قول طاهر ومطهر كقول مالك وفى آخر ان المستعمل ان كان محدثا فهو طاهر غير مطهر وان كان متوضئا فهو طاهر ومطهر وهو قول زفر (وعن الامام انه نجس مغلظ) فى رواية الحسن عنه وهى رواية شاذة غير مأخوذ بها (وعند ابى يوسف مخفف) للاختلاف الواقع فيه لان اختلاف العلماء يورث التخفيف (وهو ما استعمل لقربة) فالسبب اقامة القربة لا نيتها لانها قد توجد ولا تقام القربة فلا يتحقق الاستعمال (او رفع حدث) الماء يصير مستعملا عندهما بكل من القربة وازالة الحدث (خلافا لمحمد) فان عنده بالاول فقط وعند زفر والشافعى بالثانى فقط لكن ازالة الحدث لا يتحقق الا بنية القربة عند الشافعى سواء كان بالحدث الاصغر او الاكبر لان الوضوء قد وجد فى الاغتسال وبدون النية لا يتحقق الوضوء عنده فان لم يتحقق لم يتحقق الاغتسال لان الوضوء جزء من الاغتسال والكل ينتفى بانتفاء جزئه وبهذا ظهر ضعف ما قيل واشتراط النية فى الجنابة عند الشافعى محل بحث ولا نصرح به فى كتبنا فليتأمل (ويصير

مستعملا اذا انفصل عن البدن) وفي الهداية هو الصحيح وفي المحيط ان الماء انما يأخذ حكم الاستعمال اذا زايل البدن والاجتماع في المكان ليس بشرط هذا هو مذهب اصحابنا وقال المولى المعروف بيعقوب باشا ولا يخفى ان في هذا حرجا عظيما على قول الامام وابي يوسف من ان الماء المستعمل نجس وفيه كلام لانه انما يلزم او لم يكن المختار كون الماء المستعمل طاهرا والمختار انه طاهر كما هو اختيار اكثر المشايخ وظاهر الرواية عن الامام وعليه الفتوى واطلاق قول ابي حنيفة رحمه الله على ان الماء المستعمل نجس ليس بسديد لان رواية كونه نجسا عنه رواية شاذة كما بين آنفا تدبر (وقيل اذا استقر في مكان) وهو اختيار الطحاوي ومذهب سفيان الثوري وابراهيم النخعي وبعض مشايخ بلخ وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني وفي خلاصة الفتاوى المختار انه لا يصير مستعملا ما لم يستقر في مكان ويسكن عن التحرك لكن المصنف اورد بصيغة التمريض لان الاول احوط والاعتماد عليه اولى لان المقام مقام العبادات وفائدة الخلاف تظهر فيما انفصل ولم يستقر بل هو في الهواء فسقط على عضو انسان وجرى فيه من غير ان يأخذه بكفه فعلى الاول لا يصح وضوءه وعلى الثاني يصح (ولو انغمس جنب في البئر بلا نية) ولو قال لو انغمس محدث لكان اولى لان مجرد الانغماس لا يكفي في الطهارة عن الجنابة لان المضمضة والاستنشاق فرضان فيها فجواب محمد لا يتمشى في الصورة المذكورة (فقيل الماء والرجل نجسان عند الامام) في رواية عنه اما الماء فلنجاسته باول الملاقاة لاسقاط الفرض عن البعض واما الرجل فلبقاء الحدث (والاصح ان الرجل طاهر والماء مستعمل عنده) لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال فلا يكون الماء باول الملاقاة نجسا فيطهر الرجل (وعند ابي يوسف هما بحالهما) الرجل بحاله لانه لم يزل حدثه والماء بحاله لعدم اسقاط الفرض والقربة (وعند محمد الرجل طاهر) لزوال حدثه (والماء طهور) لعدم نية القربة وانما قال بلا نية لانه لو انغمس بنية الاغتسال فسد الماء عند الكل كما في العناية وقال الفاضل المولى سعدي افندي لا نم ذلك عند ابي يوسف فانه يشترط الصب عنده ولم يوجد انتهى لكن يمكن ان يتصور الصب في حال الانغماس لان الانسان اذا انغمس في الماء يحرك الماء بحركته ويتموج باضطرابه ويقع عليه فيقام مقام الصب كما في الماء الجاري تدبر (وموت ما يعيش في الماء فيه) الظرف الثاني للموت والمراد بما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء واحترز به عن مائي المعاش دون المولد كالبط والاوز (لا ينجسه كالسمك والضفدع) بكسر الدال (والسرطان) لعدم الدم والضفدع البري والبحري سواء وقيل البري مفسد لوجود الدم وعدم المعدن واختلف في افساد غير الماء كالمايعات والصحيح انه لا يفسد وكذا الالقاء في الماء بعد الموت (وكذا موت ما لا نفس له سائلة) والمراد بالنفس هنا الدم اي ليس له دم سائل (كالبق والذباب والزنبور والعقرب) خلافا للشافعي في الكل الا السمك (وكل اهاب) وهو الجلد الذي لم يدبغ ويتناول ذلك بعمومه ما يؤكل وما لا يؤكل (دبغ فقد طهر) الدباغة اعم من ان تكون حقيقة كالقرض ونحوه او حكمية كالتتريب والتشميس والالقاء في الريح فان كانت بالاولى لا يعود نجسا ابدا وان كانت بالثانية ثم اصابه الماء ففيه روايتان عن الامام والاظهر انه يعود قياسا وعندهما لا يعود استحسانا وهو الصحيح وعلى هذا البئر اذا غار ماؤها بعد ما تنجست ثم عاد الماء وعن محمد جلد الميتة اذا يبس ثم وقع في الماء لم ينجس من غير فصل (الا جلد الآدمي لكرامته والخنزير لنجاسة عينه) قدم الآدمي على الخنزير لانه يرى ان يكون معطوفا عليه لا معطوفا على الخنزير لان العطف يشعر بالاهانة لانه يوهم كون معنى التبعية في النجاسة وليس كذلك بل عدم جواز الانتفاع به لشرفه لا لنجاسته حتى يكون التقديم مشعرا بالاهانة كما قاله الباقاني وغيره تدبر وكذا لا يطهر جلد الحية والفارة واختلف في جلد الكلب والصحيح انه يطهر (والفيل كالسبع) عندهما لانه طاهر العين

فيطهر جلده بالدبغ (وعند محمد كالخنزير) لانه نجس العين فلا يطهر (قالوا وما طهر جلده بالدباغ طهر بالذكوة) هى عبارة عن الذبح الشرعى واشترط فيه اهله ومحله وذكر التسمية تحقيقا وتقديرا لان الذكوة مانعة عن تشرب الجلد بالرطوبات (وكذا لحمه وان لم يؤكل) لان الجلد يطهر بالذكوة واللحم متصل به فلا يكون نجسا حتى اذا صلى ومعه لحم الثعلب قدر درهم جازت صلاته قال فى البدايع الذكوة تطهر المزكى بجميع اجزائه الا الدم المسفوح وهو الصحيح وفى الكافى اللحم نجس فى الصحيح والضمير المستتر فى طهر الثانى عائد الى الجلد لا الى كلمة ما بدليل التعرض لطهارة اللحم بعده فان قلت يلزم من هذا تفكيك الضمير قلنا لا نسلم التفكيك لان تقدير الكلام ما يطهر جلده بالدباغ يطهر جلده بالذكوة فرجع الضمير ليس باجنبى عن الاول حتى يلزم التفكيك فلان سلم فقبح التفكيك عند لزوم اللبس وعدم ظهور المراد وذكر اللحم ههنا قرينة معينة ولا تسامح فيه كما توهم البعض كذا فى تعليقات الوانى (وشعر الميتة) غير الخنزير اذ هو بجميع اجزائه نجس العين خلافا لمحمد فى شعره (وعظمها وعصبها وقرنها وحافرها طاهر) خلافا للشافعى لان كلا منها من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيها بدليل عدم الالم بقطعها كقص الظفر ونشر القرن وقطع طرف من الشعر وما لا تحلها الحيوة لا يحلها الموت والمراد باحياء العظام فى النص ردها الى ما كانت غضة رطبة فى بدن حى وانما يتألم بكسر العظم وقطع العصب لاتصالهما باللحم وبهذا ظهر فساد ما قيل من ان الطريقة المذكورة وهى قوله لا حيوة فيهما ولهذا لا يتألم بقطعها لا تجرى فى العصب لانه لا يمكن ان يقال ليس فيه حيوة ولا يتألم بقطعه تدبر (وكذا شعر الانسان وعظمه) خلافا للشافعى لعدم الانتفاع بهما ولنا ان عدم الانتفاع بهما لكرامة الانسان (فتجوز الصلوة معه وان جاوز قدر الدرهم) والضمير فى معه راجع الى كل واحد مما ذكر على سبيل البدل قال صدر الشريعة فتجوز صلوة من اعاد سنه الى فمه وقال المحشى المعروف بيعقوب باشا قيد بسن نفسه لانه لو كان سن غيره تفسد اتفاقا وبالاعادة الى فمه واستحكامها فى مكانها لانه اذا حملها ولم يضعها فى موضعها تفسد اتفاقا انتهى وفيه كلام لانه ذكر فى الخلاصة والخانية وغيرهما والصلى وسنه فى كمه تجوز صلوته تأمل (وبول ما يؤكل لحمه نجس) عندهما حتى ان وقع فى البئر ينزح الماء كله (خلافا لمحمد) فانه طاهر عنده ولا ينجس بوقوعه فيه الا ان يغلب الماء فيخرجه عن الطهورية (ولا يشرب) بول ما يؤكل لحمه عند الامام (ولو للتداوى خلافا لابى يوسف) فانه يجوز شربه للتداوى ولو حراما وعند محمد يجوز مطلقا

﴿فصل﴾

تنزح البئر) اى ماؤها من قبيل ذكر المحل واراد الحال تنزح البئر (او قوع نجس) ما لم تكن عشرا فى عشر لانها لو كانت عشرا فى عشر لا تنجس بشئ ما لم يتغير لونه او طعمه او ريحه والقياس ان لا تطهر اصلا لاختلاط النجاسة بجميع ما فيها من الاحجار والاخشاب وغيرهما ويتعذر الغسل او لا تنجس اعتبارا بالماء الجارى لانها كلما يؤخذ من اعلاها ينبع من اسفلها لكن ترك القياس للآثار ولهذا قيل مسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار حتى اذا خرج الواجب منها حكم بطهارة جميع ما فيها ودلوها ويد النازح وعند الشافعى يستخرج النجس ويبقى الماء طاهرا (لا بنحو بعر) مطلقا (وروث وخثى ما لم يستكثر) اى ما لم يستكثره الناظر هذا رواية عن الامام وهو اختيار القدورى وصاحب الهداية وقاضيخان وعليه الاعتماد وروى عن محمد ما يغطى وجه ربع الماء كثير وما دونه قليل ومن المشايخ من قال ثلثه ومنهم من قال لا يخلو دلو عن بعرة وهو اختيار الطحاوى ومحمد بن سلمة وروى هشام عن محمد الكثير ما يغير لون الماء ولو بعرت الشاة فى المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى البعرة فى ساعته ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل فى الاناء لعدم الضرورة وعن ابى يوسف انه بمنزلة البئر فى حق البعرة والبعرتين (ولا بخرء حمام وعصفور فانه) اى الخرء (طاهر) خلافا للشافعى

فان عنده يفسده كخرء الدجاج وهو القياس واستحسن علماؤنا وطهارته بدلالة الاجماع فان الصدر الاول ومن بعدهم اجمعوا على اقتناء الحمامات في المساجد حتى المسجد الحرام مع ورود الامر بتطهيرها بقوله تعالى ﴿ان طهرا بيتي﴾ وفي ذلك دلالة ظاهرة على عدم نجاسته وخرء العصفور كخرء الحمامة فايدل على طهارة هذا يدل على طهارة ذاك وكذا خرء جميع مايؤكل من الطيور (واذا علم وقت الوقوع) اى وقوع حيوان مات في البئر (حكم بالتنجس من وقته) اى من وقت الوقوع (والا) اى وان لم يعلم (فمن يوم وليلة ان لم ينتفخ الواقع اولم يتفسخ) لان اقل المقادير في باب الصلوة يوم وليلة فان مادون ذلك ساعات لايمكن ضبطها لتفاوتها (ومن ثلاثة ايام ولياليها ان انتفخ او تفسخ) لان الانتفاخ دليل التقادم فيقدر وقوعه منذ ثلاثة ايام لانها اقل الجمع (وقالا من وقت الوجدان) لان الماء طاهر بيقين ووقع الشك في نجاسته فيما مضى واليقين لايزول بالشك فصار كمن رأى في ثوبه نجاسة اكثر من قدر الدرهم ولم يدر متى اصابته لايعيد شيئا من صلواته بالاتفاق وهو الصحيح (و) ينزح (عشرون دلوا) بطريق الوجوب بعد اخراج الواقع (وسطا) وهى الدلو المستعملة في الآبار للبلدان والقطرات التي تعود الى الماء عفو لتعذر الاحتراز (الى ثلاثين) بطريق الاستحباب (بموت نحو فأرة او عصفور اوسام ابرص) قيد الموت غير معتبر في المسئلة فانه لو ماتت في الخارج ثم القيت فيها لا يختلف جواب المسئلة وفي الجوهرة الفأرة اذا وقعت هاربة من الهرة تنزح كله لانها تبول وكذا اذا كانت مجروحة او متنجسة ولو وقع اكثر من فأرة فالى الاربع كالواحد عند ابي يوسف ولو خمسا كالدجاجة الى التسع ولو عشرا كالشاة ولو كانت فأرتان كهيئة الدجاجة فاربعون عند محمد (فاربعون) وجوبا (الى ستين) استحبابا في رواية واخرى الى خمسين (بنحو حمامة اودجاجة اوسنور) ومابين فأرة وحمامة كفأرة كمابين دجاجة وشاة كدجاجة وفي السنورين كله (وكله بنحو كلب اوشاة اوآدمي اوانتفاخ الحيوان) الدموى (اوتفسخه) ولو صغيرا لانتشار البلة في اجزاء الماء موت الكلب ليس بشرط حتى لو انغمس واخرج حيا ينزح جميع الماء وكذا كل ماء سؤره نجس اومشكوك وان مكروها فيستحب نزحه في رواية والشاة اذا اخرجت حية ان كانت هاربة من السبع نزح كله خلافا لمحمد والادمى اذا اخرج حيا ان كان محدثا نزح اربعون وان كان جنبا نزح كله ولو وقع آدمي ميت قبل الغسل بنجس وان بعد الغسل لا الا ان يكون كافرا اوجنبا (وان لم يمكن نزحها) بان كانت معينا (نزح قدر ما كان فيها) اى في البئر بقول رجلين لهما معرفة بامر الماء عند الامام في رواية وهو الاصح والاشبه بالفقه لكونهما نصاب الشهادة الملزمة وفي رواية ينزح منها مائة دلو وفي رواية ينزح حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشيء لتفاوتها بل فوضها الى رأيهم كما هو دأبه وعن ابي يوسف ينزح قدر ما فيها بان تحفر حفيرة مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ماينزح منها الى ان تمتلئ اوترسل فيها قصبة وتجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح مثلا عشر دلاء ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء (ويفتى بنزح مأتى دلو الى ثلثمائة) وهو مروى عن محمد كانه بنى قوله على ما شاهد في بلدة بغداد فان آبارها لاتزيد على ثلثمائة دلو (ومازاد على الوسط احتسب به) حتى لو نزح بدلو عظيم مرة مقدار الواجب جاز لحصول المقصود وهو نزح المقدار الذى قدره الشرع وقال زفر لايجوز لان بتواتر الدلاء يصير الماء كالجارى ومثله عن الحسن ولنا ان اعتبار الجريان ساقط لحصول المقصود الا يرى انه لو نزح في عشرة ايام كل يوم دلوين جاز ولو كان مكان مازاد غير الوسط لكان اولى لشموله صورة النقصان ايضا (وقيل يعتبر في كل بئر دلوها) كما في الهداية اورده المصنف بصيغة التمريض لانه يلزم من هذا ان يكون نزح قدر من الماء مطهرا في بئر غير مطهر في اخرى مع اتحاد سبب النجاسة لاختلاف دلوهما في المقدار وقيل ما يسع صاعا وهو ثمانية ارطال

(وسؤر الآدمي) مطلقا الا حال شرب الخمر فان سؤره في تلك الحالة نجس قبل بلع ريقه فان بلع ريقه ثلث مرات طهر فمه عند الامام لان المائع مطلقا مطهر من غير اشتراط صب عنده (والفرس وما يؤكل لحمه) بغير كراهة من الطيور والدواب الا الابل والبقر الجلالة وهي التي تأكل العذرة (طاهر) لان لعابهم متولد من لحم طاهر وكراهة لحم الفرس في رواية لاحترامه لانه آلة الجهاد لا لنجاسته فلا يؤثر في كراهة سؤره وهو الصحيح (وسؤر الكلب والخنزير وسباع البهائم نجس) لنجاسة لحمها وقال الشافعي طاهر غير الكلب والخنزير (وسؤر الهرة) قبل اكل الفارة واما بعدها فسؤرها نجس اتفاقا اذا كان على الفور وان مكثت ساعة لا ينجس عند ابي يوسف وينجس عند محمد لان فمها تنجس بالفارة والنجس لا يطهر الا بالماء عنده (والدجاجة المخلاة) الجائلة في عذرات الناس اذ لو كانت محبوسة لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها الا يكره (وسباع الطير) لانها تأكل الميتات عادة الا المحبوس الذي يعلم صاحبه ان لا قذر على منقاره روي ذلك عن ابي يوسف واستحسنه المشايخ (وسواكن البيوت كالحية والفارة مكروه) والقياس ان يكون سؤرهما نجسا لنجاسة لحمهما لكن سقطت نجاستهما لعلة الطوف فبقيت كراهتهما كراهة تنزيه في الاصح وهذه العلة تجري في الهرة وفي الخلاصة حكم الماء المكروه انه لو توضأ به مع القدرة على ماء آخر يجوز مع الكراهة وان كان عادما للماء توضأ به ولا يتيمم (وسؤر البغل والحمار مشكوك) وهذه عبارة اكثر المشايخ وانكرها ابو طاهر الدباس وقال حاشا ان يكون شيء من احكام الله تعالى مشكوكا فيه بل سؤر الحمار طاهر لو غمس فيه الثوب جازت الصلاة فيه الا انه محتاط فيه فامر بالجمع بينه وبين التيمم قيل الشك في طهارته وقيل في طهوريته وقيل فيهما والقول الثاني اختيار صاحب الهداية والوجيز وهو الاصح لان سؤرها طاهر ولهذا قالوا مسح رأسه بسؤر الحمار ثم وجد الماء المطلق لا تجب اعادته والمراد بالشك ههنا التوقف لتعارض الادلة المروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال سؤر الحمار طاهر وعن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انه نجس ولم يترجح دليل النجاسة لثبوت الضرورة فيه لان الحمار يربط في الدور فيشرب في الآنية لكن ليست كضرورة الهرة لانها تدخل في المضايق دون الحمار فلو لم تكن فيه ضرورة اصلا كان كالسباع في الحكم بالنجاسة بلا اشكال ولو كانت الضرورة كضرورتها كان مثلها في سقوط النجاسة وحيث ثبتت الضرورة من وجه واستوى ما يوجب النجاسة والطهارة تساقطا للتعارض ووجب المصير الى الاصل وهو شيئان الطهارة في جانب الماء والنجاسة في جانب اللعاب وليس احدهما اولى من الآخر فبقي الامر الآخر مشكلا واما البغل فمثل الحمار لانه من نسله وكان بمنزلته وفي الغاية هذا اذا كانت امه اتانا واما اذا كانت رمكة يكون سؤره طهورا لان الولد يتبع الام (يتوضأ به ان لم يجد غيره ويتيمم) اي يجمع بينهما احتياطا في صلوة واحدة حتى لو توضأ بسؤر الحمار وصلى ثم احدث وتيمم واعاد تلك الصلوة جاز ولو توضأ بسؤر الحمار وتيمم ثم اصاب ماء نظيفا ولم يتوضأ به حتى ذهب الماء ومعه سؤر الحمار فعليه التيمم وليس عليه اعادة الوضوء بسؤر الحمار ولو تيمم وصلى ثم اراق لزم اعادة التيمم والصلاة لانه يحتمل ان يكون سؤر الحمار طهورا (وايهما قدم جاز) والافضل تقديم الوضوء وقال زفر لا يجوز الا التقديم واختلف في نية الوضوء بسؤر الحمار والاحوط ان ينوي (وعرق كل شيء كسؤره) حكم اللعاب والعرق واحد لان كلا منهما متولد من اللحم فيعتبر عرق كل حيوان بسؤره طهارة ونجاسة وكراهة ولا يرد الاشكال بكون سؤر الحمار مشكوكا مع ان عرقه طاهر لان حكم العرق يثبت بالحديث المخالف للقياس فبقي الحكم في غيره على اصل القياس (وان لم يوجد الا نبيذ التمر يتيمم ولا يتوضأ به عند ابي يوسف وبه يفتى) وبه قال الشافعي قيد بنبيذ التمر اذ في غيره من الانبذة يتيمم اتفاقا لان نبيذ التمر مخصوص من القياس بالاثر فلا يقاس عليه غيره (وعند الامام

يتوضأ به) لحديث ليلة الجن وهو ماروى ان النبي عليه الصلوة والسلام قال له اعندك طهور قال لا الاشئ من نبيذ قال تمرة طيبة وماء طهور لكن رجع الامام الى قول ابي يوسف قبل موته عملا باية التيمم لان الاية اقوى من الحديث فيعمل بها ونقول انه منسوخ بها لتقدمه عليها لانها مدنية وليلة الجن كانت بمكة قبل الهجرة (وعند محمد يجمع بينهما) لان في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا والاقاويل الثلاثة مروية عن الامام ثم اختلفوا في جواز الغسل به قال في المبسوط يجوز الاغتسال به على الاصح لان ماورد من النص على خلاف القياس يلحق به ماهو مثله والجنابة حدث كغيره من الاحداث وقال في المفيد والاصح انه لايجوز لان الجنابة اغلظ الحدثين والضرورة دونها في الوضوء فلايقاس عليه ومانقله الزيلعي عن المفيد ان النبيذ الحلو الرقيق كالماء يجوز به الوضوء بلاخلاف بين اصحابنا والمتنازع فيه هو المطبوخ الذي زال عنه اسم الماء انتهى وفيه كلام لان الاختلاف في نبيذ التمر واقع مطلقا سواء كان مطبوخا اوغير مطبوخ تدبر

﴿باب التيمم﴾

معنى الباب في اللغة النوع وقد يعرف بانه طائفة من المسائل الفقهية اشتمل عليها كتاب ولقب بباب كذا ابتدأ بالوضوء ثم ثنى بالغسل ثم ثلث بالتيمم على وفق ما في كتاب الله تعالى تقديما لما حقه ان يقدم التيمم لغة القصد وشرعا طهارة حاصلة باستعمال الصعيد الطاهر في عضوين مخصوصين على قصد مخصوص قال الزيلعي وفي الشرع عبارة عن استعمال جزء من الارض في اعضاء مخصوصة على قصد التطهير وفيه بحث وهو انه لايشترط استعمال الجزء في الاعضاء حتى يجوز بالحجر الاملس كما صرحوا به انتهى لكن يمكن ان يجاب عنه بان يراد من الجزء الجزء الحاصل من الارض والحجر ايضا من الارض والمراد باستعماله استعماله المعتبر شرعا تدبر والاصل في شرعيته قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عليه الصلوة والسلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج مالم يجد الماء (يتيمم المسافر) لقوله تعالى او على سفر الاية السفر المعتبر ههنا هو السفر العرفي والشرعي لان قليله وكثيره سواء في التيمم والصلوة على الدابة خارج المصر (ومن هو خارج المصر) وانما قيد بهذا بناء على الغالب لا للاحتراز عن المصر لان عادم الماء في المصر يتيمم كذا في الاسرار (لبعده عن الماء) الصالح للوضوء والتعريف للعهد فلم يدخل مالايصلح له وان كان التنكير في قوله تعالى فلم تجدوا ماء يدل على افادة العموم لوقوعه في سياق النفي ولايلزم المنافاة لانه انما يناقي قول اصحابنا ان لو كان المفهوم حجة وهم لايقولون به (ميلا) سواء كان مسافرا او مقيما والميل ثلث الفرسخ وقيل ثلاثة آلاف ذراع وخمسمائة الى اربعة آلاف وفي الصحاح الميل من الارض منتهى مد البصر وعن الكرخي انه ان كان في موضع يسمع صوت اهل الماء فهو قريب والا فهو بعيد وعن ابي يوسف اذا كان بحيث لو ذهب اليه وتوضأ لغابت القافلة عن بصره فهو بعيد يجوز له التيمم (اولمرض خاف زيادته) باستعمال الماء اوبسبب الحركة له ولايشترط خوف التلف خلافا للشافعي وفي المحيط ولو وجد المريض من يوضؤه جاز له التيمم عند الامام وعندهما لايجوز ولو كان له خادم او اجير لايجوز له التيمم بالاتفاق (اوبطوء برئه) بالنصب عطفا على زيادته ويجوز بالجر عطفا على المرض لان شرعية التيمم للمريض انما هي لدفع الحرج عنه والحرج يتحقق بالامتداد ايضا والمراد بالخوف غلبة الظن ومعرفته باجتهاد المريض بتجربة او امارة اوباخبار طبيب مسلم غير ظاهر الفسق (اولخوف عدو اوسبع) سواء كان خوفه على نفسه او على ماله او على مال عنده امانة كذا في شرح الطحاوي وبهذا تبين قصور من قال في تعليله لان صيانة النفس اوجب من صيانة الطهارة بالماء فان لها بدلا ولا بدل للنفس انتهى وكذا لو خافت المرأة على نفسها بان كان الماء عند فاسق او خاف المديون المفلس من الحبس بان كان صاحب الدين عند الماء وفي الولوالجي متيمم مر على ماء

فى موضع لايستطيع النزول اليه لخوف من عدو وصلى نفسه لاينتقض تيممه لانه غير قادر وفى التجنيس رجل اراد ان يتوضأ فمنعه انسان بوعيد قتل ينبغى ان يتيمم ويصلى ثم يعيد الصلاة بعد مازال عنه ذلك لان عذره هذا جاء من قبل العباد فلا يسقط فرض غسل العضو عنه كالمحبوس فى السجن انتهى لكن يشكل هذا بالعدو فان التيمم يعتبر ثمه مع ان العجز حصل من قبل العباد والقياس ليس فى محله لان العجز فى المحبوس يكون من قبلهم غالبا (اوعطش) سواء كان عطشه اوعطش رفيقه اودابته اوكلبه فى الحال اوفى الاستقبال وكذا اذا احتاج اليه للعجين واما الاتخاذ المرقة لا (اوفقد آلة) يستخرج بها الماء ولو منديلا طاهرا (بما كان) اى يتيمم بما كان (من جنس الارض) كل شئ يحترق بالنار ويصير رمادا ليس من جنس الارض وكذلك كل شئ ينطبع ويذوب (كالتراب والرمل والنورة والجص والكحل والزرنيخ والحجر) وكذا بالياقوت والفيروزج والزمرد لانها احجار مضيئة ولايجوز التيمم باللؤلؤ ولو مسحوقا والزجاج المتخذ من الرمل وشئ آخر والماء المتجمد والمعادن الا ان يكون فى محلها اومختلطا بالتراب والتراب غالب (ولو بلانقع) اى بلاغبار حتى لوضرب يديه على حجر املس جاز (خلافا لمحمد) اى لم يجوزه بلانقع لقوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه وكلمة من للتبعيض (وخصه ابو يوسف بالتراب والرمل) قيل ثم رجع عنه وقال لايجوز الا بالتراب الخالص وهو قول الشافعى (ويجوز بالنقع حال الاختيار) حتى لوتيمم بغبار ثوبه اوهبت الريح فارتفع الغبار فاصاب وجهه وذراعيه فمسحه بنية التيمم جاز لان الغبار جزء من التراب فكما جاز التيمم بالخشن منه جاز بالرقيق منه (خلافا له) اى لابى يوسف لانه ليس بتراب خالص لكنه تراب من وجه فجاز عند العجز دون القدرة كالايماء واما حالة الاضطرار فيجوز به اتفاقا (وشرطه العجز عن استعمال الماء حقيقة) بان لايجده (اوحكما) بان وجده لكن لم يقدر على استعماله بسبب كما بين آنفا (و) شرطه (طهارة الصعيد) لقوله تعالى صعيدا طيبا والصعيد اسم لوجه الارض ترابا اوغيره والطيب هناك بمعنى الطاهر بدلالة قوله تعالى ولكن يريد ليطهركم (والاستيعاب فى الاصح) وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى لقيامه مقام الوضوء فى العضوين المخصوصين حتى قالوا لو لم يخلل الاصابع ولم ينزع الخاتم ولم يمسح تحت الحاجبين لم يجز تيممه وبهذا تبين ضعف ماروى عنه ان مسح اكثر الوجه واليدين كاف (والنية) فرض عندنا لان التيمم اضعف من الوضوء لانتقاضه برؤية الماء فيتقوى بالنية خلافا لزفر (ولا بد من نية قربة مقصودة لاتصح بدون الطهارة) كالصلوة وسجدة التلاوة وصلوة الجنازة ولو تيمم لقراءة القرآن فالصحيح انه لا تجوز به الصلوة وكذا مس المصحف ودخول المسجد لا تصح به الصلوة لانه لم ينو به قربة مقصودة لكن يحل له مس المصحف ودخول المسجد كذا فى صدر الشريعة وقال صاحب الفرائد فيه اشكال لان علة عدم صحة الصلوة بمثل هذا التيمم على ماذكر فى الهداية هو ان التراب ما جعل طهورا الا فى حال ارادة قربة مقصودة البتة فقتضى ذلك ان يكون التراب فى التيمم لمس المصحف ودخول المسجد غير طهور فلا يحل مس المصحف ودخول المسجد باستعمال تراب غير طهور انتهى لكن لااشكال فيه لان مراد صدر الشريعة بقوله لم ينو به قربة مقصودة لم يكن القصد اليها اصالة بل ضمنا لان المس والدخول ليس بقربة مقصودة اصالة بل المقصود منهما التلاوة والصلوة غالبا وهما مقصودان ضمنا وبهذا القدر يكفى لمس المصحف ودخول المسجد كما لو اغتسل وقدماه فى مستنقع الماء المستعمل لاتجوز به الصلوة ولكن يجوز به مس المصحف ولا يتجاوز الى الصلوة لانه لابد لها من طهارة كاملة ركمالها ان ينوى قربة مقصودة بنفسها لا فى ضمن شئ آخر تدبر (فلو تيمم كافر للاسلام لاتجوز صلوته به) عندهما لانه ليس باهل للنية (خلافا لابى يوسف) فان عنده صحيح للاسلام لا للصلوة لانه نوى قربة مقصودة

(ولا يشترط تعيين الحدث او الجنابة هو الصحيح) احتراز عما قال ابو بكر الرازى فانه يقول يحتاج الى نية التيمم للحدث او الجنابة لان التيمم لهما بصفة واحدة فلا يتميز احدهما عن الآخر الا بالنية (وصفته ان يضرب يديه على الصعيد فينفضهما) اذا كثر الغبار لئلا يصير مثلة النفض تحريك الشيء ليسقط ما عليه من غبار او غيره والمثلة ما يتمثل به فى تبديل خلقته (ثم يمسح بهما وجهه ثم يضرب بهما كذلك ويمسح بكل كف ظاهر الذراع الاخرى و باطنها مع المرفق) لقوله عليه الصلوة و السلام التيمم ضربتان ضربة للوجه و ضربة للذراعين الى المرفقين وفى المحيط وكيفيته ان يضرب بيديه على الارض ثم ينفضهما حتى يتناثر التراب فيمسح بهما وجهه ثم يضرب اخرى فينفضهما ويمسح بباطن اربع اصابع يده اليسرى ظاهر يده اليمنى من رؤس الاصابع الى المرفق ثم يمسح بباطن كفه اليسرى باطن يده اليمنى الى الرسغ و يمر بباطن ابهامه اليسرى على ظاهر ابهامه اليمنى ثم يفعل باليد اليسرى كذلك و هذا احوط لان فيه احترازا عن استعمال التراب المستعمل بقدر الممكن فان التراب الذى على يديه يصير مستعملا بالمسح حتى لوضرب يديه مرة ثم مسح بهما وجهه وذراعيه لا يجوز ولا يجب مسح باطن الكف لان ضربهما على الارض يغنى عنه وقال صدر الشريعة ثم اذا لم يدخل الغبار بين اصابعه فعليه ان يخلل اصابعه فيحتاج الى ضربة ثالثة لتخليلها انتهى كذا ذكره فى الذخيرة وقال بعض الفضلاء يلزم من كلامه اشتراط النقع و قد قال بعده ولو بلا نقع فيلزم المنافاة انتهى لكن يمكن التوجيه بين كلاميه بحمل الاول على رواية من لم يجوزه بلا نقع والثانى على رواية من يجوزه بلا نقع فلا يلزم المنافاة ومن لم يتفطن على هذا قال ما قال تدبر ولا يجوز باقل من ثلاثة اصابع لانه مسح مشروع فى طهارة معهودة فصار كمسح الخفين والرأس (و يستوى فيه الجنب والمحدث و الحائض والنفساء) لما روى ان قوما جاؤا الى النبى عليه الصلوة والسلام وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولم نجد الماء شهرا اوشهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء وقال عليه الصلوة والسلام عليكم بارضكم كذا فى العناية وغيرها وفيه كلام لانه ثبت بهذا الحديث الاستواء فى حكم التيمم فانه كما يجوز عن الحدث يجوز عن الجنابة والحيض والنفاس واما الاستواء فى كيفيته وان كان ثابتا ايضا لكن التعليل المذكور قاصر عنه و بهذا تبين قصور ما قيل من حيث الجواز والكيفية والآلة (ويجوز التيمم (قبل) دخول (الوقت) خلافا للشافعى لانه طهارة ضرورية فلا يصح قبل الوقت لعدم الضرورة ولنا ان النصوص الواردة فى التيمم لم تفصل بين وقت ووقت فكانت مطلقة والمطلق يجرى على اطلاقه ما لم يتقيد بقيد معتبر ولم يوجد ههنا فصار كالعام يبقى على عمومه ما لم يخصصه مخصص معتبر (و يصلى) اى المتيمم (به) اى بالتيمم الواحد (ما شاء من فرض ونفل كالوضوء) و عند الشافعى يتيمم لكل فرض لانها طهارة ضرورية فلا يصلى به اكثر من فريضة واحدة و يصلى ما شاء من النوافل ما دام فى الوقت ولنا قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا و قوله عليه الصلوة والسلام الصعيد وضوء المسلم ما لم يجد الماء فيجعل الطهارة ممتدة الى وجود الماء فكان فى حال عدم الماء كالوضوء (ويجوز) التيمم للصحيح المقيم فى المصر عند وجود الماء (لخوف فوت صلوة جنازة) وفى الهداية ويتيمم الصحيح فى المصر اذا حضرت جنازة والولى غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق العجز و فيه اشارة الى انه لا يجوز للولى وهو رواية الحسن عن الامام وهو الصحيح لان للولى حق الاعادة فلا فوات فى حقه وقوله وهو الصحيح نفى للصحة عن ظاهر الرواية لا احتراز عنه كما قيل و قال صاحب الاصلاح وفى ظاهر الرواية انه يجوز للولى ايضا وقال شمس الائمة هو الصحيح والمصنف اختار ما قال شمس الائمة فلهذا لم يقيد بقيد بل اطلقه وقال بعض الفضلاء و يؤيده ما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى

عنهما انه قال اذا فجأتك جنازة وانت على غير طهارة فتيمم وصل عليها ولم يفصل بين ولي وغيره
انتهى وفيه كلام لان قوله اذا فجأتك يدل على ان يكون غير ولي اذ الولي غالبا يعلم الجنازة و يحضر
بالطهارة تدبر وفي شرح النقاية اذا صلى بالتيمم فحضرت اخرى فان كان بينهما مدة التوضي
اعاد التيمم والا فلا وعليه الفتوى وقال محمد وزفر يعيد مطلقا كما في المضمرات (اوعيد ابتداء) اى
يجوز التيمم بالاتفاق كذلك اذا خاف فوت صلوة العيد ابتداء لانها تفوت لا الى خلف (وكذا
بناء بعد شروعه متوضئا و) بعد (سبقه حدث) عند الامام لان الخوف باق لانه يوم زحمة فربما
اعتراه ما افسد صلوته (خلافا لهما) لعدم خوف الفوت اذ اللاحق يصلي بعد فراغ الامام
وفي المحيط او علم انه لو اشتغل بالوضوء لايفرغ الامام عن صلوته لايجزيه التيمم (لا) يجوز (لخوف
فوت) صلوة (جمعة او وقتية) والاصل فيه ان كل ما يفوت لا الى خلف جاز اداؤه بالتيمم مع
وجود الماء وكل ما يفوت الى خلف لم يجز والجمعة تفوت الى بدل وهو الظهر والوقتية كذلك
(ولاينقضه ردة) اى لاينقض التيمم ردة المتيمم لان التيمم حصل حال الاسلام فيصح واعتراض
الكفر عليه لاينافيه كالوضوء لان الردة تبطل ثواب العمل ولاتؤثر في زوال الحدث خلافا لزفر
لان الردة تبطل العبادات بالنص والتيمم عبادة واعترض بان التيمم لايكون عبادة الابالنية وهي
ليست بشرط عنده واجيب بان هذا القول منه في تيمم بنية او نقول في رواية اخرى عنه انه
اشترط النية في التيمم (بل) ينقضه (ناقض الوضوء) لانه خلف الوضوء فيكون اضعف منه كذا
في شرح الهداية وفيه كلام وهو ان كون البدلية بين التيمم والوضوء قول محمد لاقولهما والاولى
ان يقال لان البدلية ثابتة اما بينه و بين الوضوء او بين الماء والتراب و على التقديرين ما ينقض
الوضوء ينقضه بالطريق الاولى كذا قال المحشي المعروف بيعقوب باشا والضمير في ينقضه راجع
الى التيمم الذي بلا اعتبار قيد لان عدم القيد معتبر فيه و بهذا لايرد اعتراض الفاضل المعروف
بقاضي زاده على صدر الشريعة بان الضمير ان كان يرجع الى مطلق التيمم لايستقيم معنى قوله
و ينقضه ناقض الوضوء لان ناقض الوضوء لايرفع الطهارة عن الجنابة والحيض والنفاس وان اراد
رجوع بعض التيمم دون مطلقه لايستقيم عطف قوله وقدرته على ماء كاف لطهره على ناقض
الوضوء فان القدرة تنقض مطلق التيمم تدبر (والقدرة على ماء كاف) لانه ان لم يكف فوجوده
كعدمه (لطهارته وعلى استعماله) لانه اذا قدر عليه ولكن لم يقدر على استعماله فوجوده كعدمه
وفي الهداية و ينقضه رؤية الماء اذا قدر على استعماله لان القدرة هي المراد بالوجود الذي هو
غاية لطهورية التراب انتهى واعلم ان اسناد النقض الى رؤية الماء اسناد مجازي لان رؤية الماء
عند القدرة على استعماله شرط عمل الحدث السابق عمله عندها والناقض حقيقة هو الحدث
السابق بخروج النجس كذا في شروح الهداية وقال المحشي المعروف بيعقوب باشا وفيه كلام
وهو ان هذا لايناسب قول ابي حنيفة وابي يوسف لان التيمم عندهما ليس بطهارة ضرورية
ولاخلف عن الوضوء بل هو احد نوعي الطهارة فكيف يصح ان يقال عمل الحدث السابق عمله
عند القدرة ولو كان كذلك لم يكن فرق بينه و بين طهارة المستحاضة ولم يجز اداء فرضين بتيمم
واحد لانها طهارة ضرورية حينئذ بل يناسب قول الشافعي وقول محمد ان كان معه وان معهما
فلايناسب ايضا انتهى وقال صاحب الفرائد ان كلام المحشي ساقط لان التيمم وان لم يكن خلفا
عن الوضوء عندهما الا ان التراب خلف عن الماء انتهى لكن كلام المحشي وارد على تعليلهم
في تفسير قوله و ينقضه ناقض الوضوء بكونه خلفا للوضوء تدبر ثم قال المحشي والاولى ان يقال
لما كان عدم القدرة على الماء شرطا لمشروعية التيمم وحصول الطهارة فعند وجودها لم يبق
مشروعا فانتفى لان انتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والمراد بالنقض انتفاؤه انتهى

واعترض صاحب الفرائد ايضا فقال ليس هذا بسديد لانه لامعنى لقوله والمراد بالنقض انتفاؤه لان النقض متعد والانتفاء لازم فانى يكون المراد بالاول هو الثانى ولو قال المراد بالنقض نفيه لكان له معنى فى الجملة وكذا لو قال والمراد بالانتقاض هو الانتفاء على انه لو كان المراد بالنقض الانتفاء يكون معنى الكلام وينتفى قدرته الى آخره ولامعنى له انتهى لكن هذا القائل لايحوم حول كلام المحشى فقال ما قال ومراده بقوله والمراد بالنقض انتفاؤه بيان مايكون حاصلا بالمعنى لاان يكون النقض بمعنى الانتفاء فليتأمل (فلو وجدت) القدرة على ماء كاف (وهو) والحال ان المتيمم (فى الصلوة بطلت صلوته) مطلقا لانه قادر حقيقة فتبطل ولاتبقى لها حرمة لفوات شرطها وهو الطهارة خلافا للشافعى لان حرمة الصلوة مانعة عن البطلان فكان عاجزا حكما (لا ان حصلت) القدرة (بعدها) اى بعد الصلوة فانها لاتبطل اتفاقا لحصول المقصود بالخلف (ولو نسيه المسافر فى رحله) سواء وضعه بنفسه او غيره بامره او بعلمه قيد المسافر مبنى على الغالب والمعتبر عدم كونه فى العمران وانما قيد بالنسيان لانه لو ظن ان الماء فنى فتيمم ثم تبين انه لم يفن اعاد الصلوة بالاتفاق وقيد بفى رحله لانه لو كان الماء فى اناء على ظهره فنسيه يعيد اتفاقا لانه مما لا ينسى عادة (وصلى بالتيمم لايعيدها) عند الطرفين (وقال ابو يوسف يعيد مادام الوقت) وهو قول الشافعى لانه واجد الماء حقيقة لان الماء فى رحله ورحل المسافر لايخلو عن الماء عادة فكان مقصرا فصار كما اذا كان فى رحله ثوب فنسيه وصلى عريانا ولهما انه لاقدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ومسئلة الثوب على الاختلاف ولو كانت على الاتفاق فالفرق ان فرض الستر فات لا الى خلف وفرض الوضوء هنا فات الى خلف (ويستحب لراجى الماء تأخير الصلوة الى آخر الوقت) فى ظاهر الرواية ليقع الاداء باكمل الطهارتين لكن لايبالغ فى التأخير لئلا تقع الصلوة فى وقت الكراهة وعن الشيخين فى غير رواية الاصول ان التأخير حتم لان غالب الرأى كالمتحقق وجه الظاهر ان العجز ثابت حقيقة فلايزول حكمه الا بيقين مثله وفيه اشارة الى انه بدون الرجاء لايؤخر هذا هو الصحيح كما فى المحيط (ويجب طلبه) بان ينظر يمينه ويساره وامامه ووراءه (ان ظن ان قربه قدر غلوة) وهى رمية سهم وقدر بثلثمائة ذراع الى اربعمائة ولايبلغ الميل لئلا ينقطع عن رفقته (والا) اى وان لم يظن (فلا) يجب طلبه لان العدم ثابت حقيقة لفوات الدليل الدال على الوجود من حيث الظاهر (ويجب شراء الماء ان كان له ثمنه) لتحقق القدرة (ويباع بثمن المثل) ان كان ثمن المثل فاضلا عن حاجته (والا) اى وان لم يكن له ثمن او كان لكن لايباع بثمن المثل (فلا) يجب عليه شراؤه وفى النوادر ان ثمن مايكفى للوضوء ان كان درهما فابى البايع ان يعطيه الا بدرهم ونصفه فعليه ان يشتريه لانه غبن يسير وان ابى ان يعطيه الا بدرهمين لايجب شراؤه لانه غبن فاحش كذا روى عن الامام فعلى هذا كان ينبغى للمصنف ان يقول ويباع بثمن المثل او بغبن يسير كما فى الخانية ويعتبر قيمته فى اقرب المواضع من الموضع الذى يعز فيه الماء (وان كان مع رفيقه ماء طلبه) منه قبل ان يتيمم لعدم المانع غالبا (وان منعه يتيمم) لتحقق العجز واذا صلى بعد المنع ثم اعطاه ينقض تيممه الان ولايلزم عليه اعادة ماقد صلى (وان تيمم قبل الطلب) اجزأه عند الامام لانه لايلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لايجزيه لان الماء مبذول عادة كذا فى الهداية لكن فيه كلام لانه ان اريد ان الماء مبذول فى الفلوات فلا نسلم ذلك لان الماء فى الفلوات من اعز الاشياء فلم يكن مبذولا عادة وان اريد انه مبذول فى العمرانات فالتقريب غير تام لان الكلام فى الفلوات تدبر (او الجنب فى المصر) اى تيمم الجنب فى المصر (لخوف البرد جاز) عند الامام لان العجز ثابت حقيقة فلابد من اعتباره ثم ان رخصة التيمم بسبب البرد ثابتة للمحدث ايضا على ماذكره السرخسى وعلى ماذكره الحلوانى فلا رخصة له وفى الحقايق الصحيح ماقاله الحلوانى (خلافا لهما)

فى المسئلتين (ولا يجمع بين الوضوء والتيمم) لما فيه من الجمع بين الاصل والخلف بخلاف الجمع بين التيمم وسؤر الحمار لان الفرض يتأدى باحدهما لا بهما فجمعنا بينهما لمكان الشك (فان كان اكثر الاعضاء) اى اكثر اعضاء الوضوء (جريحا) فى الحدث الاصغر او اكثر جميع بدنه فى الحدث الاكبر (يتيمم) ولا يجوز ان يغسل الصحيح ويمسح الجريح (والا) اى وان لم يكن اكثر الاعضاء جريحا بل مساويا او اكثر الاعضاء صحيحا (غسل الصحيح ومسح الجريح) ان لم يضره والافعلى الخرقة ولا يجوز التيمم لان للاكثر حكم الكل

﴿ باب المسح على الخفين ﴾

لما فرغ عن التيمم الذى هو خلف عن جميع الوضوء شرع فى بيان المسح الذى هو خلف عن بعضه وهو غسل الرجلين ووجه مناسبة هذا الباب كون كل منهما مسحا ورخصة موقتة ووجه تأخيره عنه انه بدل ناقص وهو بدل تام (يجوز بالسنة) ولم يقل يثبت تنبيها على ان ثبوته على وجه الجواز لا على وجه الوجوب وماقاله الاتقانى ان الثابت بالسنة مقداره ليس بسديد لان السنة تشتمل القول والفعل وقد ورد فى باب المسح حكاية فعله كرواية مغيرة بن شعبة رضى الله تعالى عنه انه قال توضأ رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فى سفر وكنت اصب الماء عليه وعليه جبة شامية ضيقة الكمين فاخرج يديه من تحت ذيله ومسح خفيه فقلت نسيت غسل القدمين فقال بهذا امرنى ربى وروى الجماعة من حديث جرير رضى الله تعالى عنه انه قال رأيت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بال وتوضأ ومسح على خفيه قال ابراهيم النخعى كان يعجبنى هذا لان اسلام جرير كان بعد نزول المائدة لكن يمكن الجواب بان كان رؤيته قبل الاسلام واخباره بعد الاسلام ورواية قوله كرواية صفوان بن عسال رضى الله تعالى عنه انه قال كان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يأمرنا اذا كنا فى سفر او مسافرين ان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام ولياليها الا عن جنابة والاخبار فى جواز المسح كثيرة وروى عن الامام انه قال ماقلت بالمسح حتى جاءنى مثل ضوء النهار وهى مشهورة قريبة من المتواتر حتى قال الكرخى من انكر المسح على الخفين يخشى عليه الكفر وقال ابو يوسف يجوز نسخ الكتاب بخبر المسح لشهرته والظاهر انه اراد الزيادة لانها نسخ من وجه واشار المصنف بقوله بالسنة الا ان نص الكتاب ساكت عنه ردا على من زعم ان قراءة الجر فى ارجلكم يدل عليه لان قوله تعالى الى الكعبين يدفعه لانه نص فى الغاية ومسح الخف غير مغيا هذا بحث طويل فليطلب من شروح الهداية وغيرها (من كل حدث موجب الوضوء لا لمن وجب عليه الغسل) لحديث صفوان بن عسال على ما رويناه آنفا ولان الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج فى النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر وقال شمس الائمة الجنابة الزمته غسل جميع البدن ومع الخف لا يتأتى ذلك بخلاف الحدث الاصغر فانه اوجب غسل اعضاء يمكن ان يجمع بينه وبين مسح الخف انتهى قال الفاضل قاضى زاده فيه بحث لانه ان اراد انه يمكن الجمع بين مسح الخف وبين غسل اعضاء الوضوء غسلا حقيقيا فهو ممنوع كيف ومن اعضاء الوضوء الرجلان فلا يتحقق غسلهما غسلا حقيقيا الا باسالة الماء عليهما لا بمجرد المسح على الخفين الملبوسين عليهما وان اراد انه يمكن الجمع بين مسح الخف وبين غسل اعضاء الوضوء غسلا حقيقيا او حكميا ومسح الخف غسل حكمى وان لم يكن غسلا حقيقيا فهو مسلم لكن يتأتى الجمع بين المسح على الخف وبين غسل جميع البدن بهذا المعنى فى صورة الجنابة ايضا فلا يتم الفرق المذكور انتهى لكن هذا ليس بوارد لان اعضاء الوضوء مختلفة حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فلانها لا تغسل بمرة واحدة وبهذا يمكن ان يجمع بينه وبين مسح الخف ولا كذلك الغسل فان جميع الاعضاء متحد فلا يمكن الجمع تدبر ولو قال المصنف دون المغتسل لكان احسن لان كلامه يشعر بجواز مسح مغتسل الجمعة ونحوه وينبغى ان لا يجوز على ما فى المبسوط وهذه المسئلة تشتمل على صورتين الاولى من لبس خفيه

وهو على وضوء ثم اجنب فى هذا المسح ينزع خفيه ويغسل رجليه اذا توضأ ولبس له ان يمسح عليهما والثانية من توضأ ولبس خفيه ثم اجنب فليس له ان يربط خفيه بحيث لايدخل الماء فيهما ويغسل سائر جسده ويمسح خفيه ومن اقتصر على احديهما فكان مقصرا (ان كانا ملبوسين على طهر تام عند الحدث) فلو توضأ وضوأ غير مرتب فغسل الرجلين ولبس الخفين ثم غسل باقى الاعضاء ثم احدث او توضأ وضوأ مرتبا فغسل رجله اليمنى وادخلها الخف ثم غسل رجله اليسرى وادخلها الخف ثم احدث ابس له طهارة تامة فى الصورة الاولى وقت لبس الخفين وفى الصورة الثانية وقت لبس اليمنى لكنهما ملبوسان على طهارة كاملة وقت الحدث وفيه اشارة الى ان التمام وقت اللبس ليس بشرط خلافا للشافعى وقال صاحب الاصلاح فى مكان على طهر على وضوء تام وعلل بقوله لئلا يشمل التيمم ولاعبرة له فى هذا الباب وقال الفاضل قاضى زاده ليس هذا بشئ لان التيمم يخرج بقيد تام فانه ليس بطهر تام بل طهر ناقص وقد صرح بخروج التيمم بقيد تام فى التبيين فلا ضير فى ان يشمل الطهر التيمم لانه يخرج بقيد التمام انتهى وفيه بحث لان معنى كون الشئ تاما ان لايكون فى ذاته نقصان وليس فى ذات التيمم نقصان اذا وجد على ما اعتبره الشارع فى حقيقته وماهيته فيصدق عليه انه طهر تام تأمل وبهذا تبين فساد ماقيل ان قيد تام احتراز عن الوضوء الناقص كوضوء اصحاب الاعذار والوضوء بنبيذ التمر لانه ليس فيهما نقصان فى الاصل ايضا بل احترز به عن وضوء غير مسبغ بان بقى من اعضائه لمعة لم يصبها الماء فانه لو احدث قبل الاستيعاب لايجوز له المسح تأمل (يوما وليلة للمقيم وثلاثة ايام ولياليها للمسافر من وقت الحدث) لقوله عليه الصلاة والسلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها وانما كان ابتداء المدة من حين الحدث بعد اللبس لا حين اللبس ولا المسح لان الخف انما يعمل عمله عند الحدث وهو المنع عن حلوله بالقدم فيعتبر مدته منه وهذا مذهب العامة وقال مالك المقيم لايمسح والمسافر يمسحه مؤبدا فى رواية عنه وفى الاخرى المقيم كالمسافر يمسحه مؤبدا والمراد بالفرض ههنا ما يفوت الجواز بفوته ولاينجبر بجابر وهو الفرض عملا لا علما ولايكفر جاحده (وفرضه) اى المسح (قدر ثلاث اصابع من اليد) من كل رجل على حدة حتى لو مسح على احدى رجليه مقدار اصبعين وعلى الاخرى مقدار اربع اصابع لم يجز ولو مسح باصبع واحدة ثلاث مرات بمياه جديدة على كل رجل جاز وكذا لو اصاب موضع المسح ماء المطر قدر ثلاث اصابع جاز وكذا لو مشى فى الحشيش فابتل ظاهر خفيه ولو بالطل وهو الصحيح (على الاعلى) لاعلى اسفله وعقبه وساقه لما روى عن على رضى الله تعالى عنه انه قال لو كان الدين بالرأى لكان اسفل الخف اولى بالمسح من اعلاه وقد رأيت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه دون باطنهما (وسنته ان يبدأ من اصابع الرجل ويمد الى الساق مفرجا اصابعه مخطوطا مرة واحدة) قال صدر الشريعة فان مسح رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم كان مخطوطا فعلم انه بالاصابع دون الكف وما زاد على مقدار ثلاث اصابع اليد انما هو بماء مستعمل فلا اعتبار له فبقى ثلاث اصابع وقال بعض الفضلاء فيه بحث من وجهين اما اولا فلان فرض المسح قدر ثلاث اصابع اليد من كل رجل وسنته مدها الى الساق فلو كان مستعملا لزم كون السنة بالمستعمل الذى هو غير طهور باتفاق واما ثانيا فلما ذكر ان الماء لايكون مستعملا مالم ينفصل عن العضو وفى هذه الصورة لم ينفصل فكيف يكون مستعملا انتهى لكن يمكن ان يجاب عن الاول بان الماء يأخذ حكم الاستعمال لاقامة الفرض لا لاقامة السنة فيجوز بناء كلام صدر الشريعة على ذلك وعن الثانى بان الماء مستعمل بمجرد الاصابة فى المسح واما عدم استعماله مالم ينفصل عن العضو فهو يجرى فى الغسل دون المسح فليتأمل (ويمنعه الخرق الكبير) الا ان يكون فوقه خف آخر فيجوز المسح

عليه (وهو ما يبدو منه قدر ثلاث اصابع الرجل) لانها الاصل فى القدم والاكثر حكم الكل (اصغرها) للاحتياط هذا اذا كان خرق الخف غير مقابل للاصابع وفى غير موضع العقب اما اذا كان مقابلا لها فالمعتبر ظهور ثلاث اصابع ما وقعت فى مقابلة الخرق لان كل اصبع اصل فى موضعها واذا كان فى موضع العقب لا يمنع ما لم يظهر اكثره وفى هذه المسئلة اربعة اقوال شمول المنع للقليل والكثير وهو مذهب زفر والشافعى وشمول الجواز فيهما وهو مذهب سفيان الثورى وقد روى عن مالك والفصل بينهما وهو مذهب عامة علمائنا والقول بغسل ما ظهر من القدم ومسح ما لم يظهر وهو قول الاوزاعى وجه الاول القياس لان الكثير لما كان مانعا كان اليسير كذلك كالحدث ووجه الثانى ان الخف يمنع سراية الحدث الى القدم فما دام ينطلق عليه اسم الخف جاز المسح عليه ووجه الثالث وهو الاستحسان ان الخفاف لا يخلو عن الخرق القليل عادة فان الخف وان كان جديدا فان آثار الدروز والاشافى خرق فيه ولهذا يدخله التراب فلحقهم الحرج فى النزع فيجعل عفوا ويخلو عن الكثير فلا حرج فيه ووجه الرابع ان المكشوف يسرى اليه الحدث دون المستور فيغسل المكشوف دون المستور كما قال ابن كمال الوزير (وتجمع) الخروق (فى خف) حتى لو بلغ مجموعها قدر ثلاث اصابع منع لانه يمنع السفر به (لا فى خفين) حتى لو بلغ مجموع ما فيهما مقدار ثلاث اصابع لا يمنع لانتفاء المانع عن السفر والخرق المعتبر ما يدخل فيه مسلة وما دونها كالعدم (بخلاف النجاسة) المتفرقة فى خفيه او ثوبه او بدنه او مكانه او فى المجموع (والانكشاف) اى انكشاف العورة المتفرقة كانكشاف شئ من فرج المرأة وشئ من ظهورها وشئ من فخذها وشئ من ساقها حيث يجمع يمنع جواز الصلوة لان المانع فى العورة انكشاف قدر المانع وفى النجاسة هو كونها حاملا لذلك القدر المانع وقد وجد فيهما (وينقضه) اى المسح (ناقض الوضوء) لانه بعضه (ونزع الخف) لسراية الحدث السابق الى القدم واسناد النقض الى نزع الخف مجاز وكذا فى مضى المدة وفى توحيد الخف اشارة الى ان نزع احدهما كاف فى بطلان المسح فيجب نزع الآخر اذ لا يجمع الغسل والمسح فى وظيفة واحدة (ومضى المدة) للاحاديث التى دلت على التوقيت وينقضه ايضا دخول الماء احد خفيه لصيرورتها مغسولة (ان لم يخف تلف رجليه من البرد) يعنى اذا مضت مدة المسح وهو مسافر فخاف ذهاب رجله من البرد لو نزع لم يجب عليه النزع ومسح دائما من غير توقيت لانه يلحقه الحرج بالنزع وهو مدفوع فصار كالجبيرة وفى الخلاصة اذا انقضت مدة مسحه فى الصلوة ولم يجد ماء فانه يمضى على صلوته لانه لو قطعها وهو عاجز عن غسل الرجلين يتيمم ولا حظ للرجلين من التيمم انتهى لكن يلزم على هذا اداء الصلوة بوضوء غير تام لسراية الحدث الى القدمين اذا انقضت مدته ولا يجوز اداء الصلوة به ولابد من التيمم اذا لم يجد الماء لانه بدل الوضوء وقال الزيلعى والاشبه الفساد (فلو نزع او مضت المدة و) الحال (هو متوضئ غسل رجليه فقط) لسراية الحدث السابق اليهما ولا يلزم غسل سائر اعضاء الوضوء لانه لا معنى لغسل المغسول والموالاة ليست بشرط عندنا خلافا للشافعى (وخروج اكثر القدم الى ساق الخف نزع) لان الساق ليست بمحل المسح فخروج اكثر القدم الى الساق ناقض لان الاكثر حكم الكل هذا قول الحسن والمروى عن ابى يوسف وهو الصحيح وفى شرح الطحاوى روى عن الامام اذا خرج اكثر العقب من الخف انتقض مسحه وعن محمد اذا بقى فى الخف من القدم قدر ما يجوز المسح عليه جاز والا فلا وهذا فيما اذا قصد النزع ثم بدا له فتركه اما اذا كان زوال العقب لسعة الخف فلا يمنع المسح وقال بعض المشايخ ان امكن المشى به لا ينتقض والا ينتقض (ولو مسح مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة يتم مدة المسافر) اى يحول الاولى الى الثانية بحيث يكون المجموع ثلاثة ايام ولياليها لاطلاق الخبر بخلاف ما اذا استكمل المدة ثم سافر لان الحدث قد سرى

الى القدم (ولو مسح مسافر فاقام لتمام يوم وليلة نزع) لانه صار مقيما فلا يمسح اكثر منهما (والا) اى وان لم يقم الا قبل يوم وليلة (تممها) اى مدة الاقامة (والمعذور ان لبس على الانقطاع) اى انقطاع عذره وقت الوضوء واللبس (فكالصحيح) يمسح الى تمام مدته سواء كان فى الوقت او بعد خروجه بالاتفاق (والا) اى وان لم يلبس على الانقطاع بل لبس حال كون العذر موجودا (مسح فى الوقت) الى تمام الوقت (لا بعد خروجه) لبطلان طهارته بخروج الوقت وقال زفر يمسح خارج الوقت الى تمام مدة المسح (ويجوز المسح على الجرموق) بضم الجيم والميم ما يلبس (فوق الخف ان لبسه قبل الحدث) واما اذا احدث بعد لبس الخفين ومسح عليهما ثم لبس الجرموقين بعد ذلك لا يجوز لان حكم المسح قد استقر على الخف وكذا لو احدث بعد لبس الخف ثم لبس الجرموق قبل ان يمسح على الخف لا يمسح عليه ايضا وفى المحيط ولو كان الجرموق من كرباس او نحوه لا يجوز الا ان يكون رقيقا يصل البلل الى ما تحته ولو كان من اديم او نحوه جاز المسح عليهما سواء لبسهما منفردين او فوق الخفين وان لبسهما قبل الحدث ومسح عليهما ثم نزعه نزعهما دون الخفين اعاد المسح على الخفين الداخلين وان نزع احد الجرموقين فعليه ان يعيد المسح على الجرموق الاخر وعن ابى يوسف انه يخلع الجرموق الاخر ويمسح الخفين ولو مسح على خف ذى طاقين ثم نزع احد طاقيه او مسح على خفيه فقشر جلد ظاهرهما او كان الخف مشعرا فمسح على ظاهر الشعر ثم حلق الشعر لا يلزم المسح على ما تحته لان الممسوح متصل بما تحته فصار المسح عليه مسحا على ما تحته وقال الشافعى فى قول ومالك فى احدى الروايتين عنه لا يجوز المسح على الجرموق لان الخف بدل عن الرجل ولو جوزنا المسح على الجرموق يصير بدلا عن الخف والبدل لا يكون له بدل فى الشرع ولنا ما روى فى المبسوط عن عمر رضى الله تعالى عنه انه قال رأيت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم مسح الجرموق ثم انه ليس ببدل عن الخف بل عن الرجل كانه لبس عليها الا الجرموق وفى الكافى ان خلاف الشافعى فى الخف الصالح للمسح واما اذا كان غير صالح للمسح يجوز المسح على الجرموق الذى فوقه اتفاقا ويفهم منه ان ما لبس من الكرباس المجرد تحت الخف لا يمنع صحة المسح على الخف لان الخف الغير الصالح للمسح اذا لم يكن فاصلا فلان لا يكون بالكرباس فاصلا اولى (ويجوز) المسح (على الجورب مجلدا) وهو ما وضع الجلد على اعلاه واسفله فيكون كالخف (او منعلا) بالتخفيف وسكون النون ويجوز تشديد العين مع فتح النون ما وضع الجلد على اسفله كالنعل فانه يمكن مواظبة المشى عليه فيصير كالخف (وكذا على الثخين) الذى يستمسك على الساق من غير ربط (فى الاصح عن الامام وهو قولهما) وفى رواية اخرى عنه لا يجوز الا اذا كانا منعلين لكن رجع الى قولهما فى آخر عمره قبل موته بسبعة ايام وقيل ثلاثة ايام وعليه الفتوى وقال الشافعى لا يجوز المسح على الجورب وان كان منعلا الا اذا كان مجلدا الى الكعبين ويجوز المسح على الجاروق ان كان يستر القدم والا فلا على الاصح وفى الخلاصة وان كان الجورب من مرعزى وصوف لا يجوز المسح عليه عندهم وان كان من غزل وهو رقيق لا يجوز وان كان ثخينا مستمسكا ويستر الكعبين سترا لا يبدو للناظر على هذا الخلاف واجمعوا انه لو كان منعلا او مبطنا يجوز ولو كان من الكرباس لا يجوز وان كان من الشعر فالصحيح انه ان كان صلبا مستمسكا يمشى معه فرسخا او فراسخ فعلى هذا الخلاف كما فى التمنى واما المسح على الخفاف المتخذة من اللبود التركية فالصحيح انه يجوز المسح (لا) يجوز المسح (على عمامة) بكسر العين واحد العمائم (وقلنسوة) بفتح القاف واللام وسكون النون وضم السين معروفة (وبرقع) بضم القاف وفتحها الخمار (وقفازين) بضم القاف وتشديد الفاء ما يعمل لليدين لدفع البرد او مخلب الصقر وانما لم يجز عليها الا ان المسح

الدفع الحرج ولا حرج فى نزعها لكن لو مسحت على خمارها ونفذت البلة الى رأسها حتى ابتل قدر الربع جاز (ويجوز) المسح (على الجبيرة) وهى العيدان التى تشد على العظام المكسورة وفى مختارات النوازل وانما يجوز المسح عليها اذا كان الماء يضر الجراحة اذا غسلها فاذا لم يضر يمسح على الجراحة وان اضر يمسح على الجبيرة وان اضر المسح على الجبيرة سقط المسح وكذا الحكم فى موضع الفصد والزيادة على موضع الجراحة تبع لها (وخرقة القرحة) وهى ما يوضع على القرحة (ونحوها) كالجرح والكى والكسر ولو انكسر ظفره فجعل عليها الدواء او العلك ويضره نزعه عنه جاز المسح عليه ولو كان المسح على العلك يضره ذكر الكرخى انه يجزيه ترك المسح عليه كما لو ترك المسح على الخرقة وقيل لا يجزيه تركه لان المسح عليه لا يضره عادة لانه لا ينشف الماء بخلاف الخرقة فانها تنشفه فيصل الى الجراحة (وان) وصلية (شدها بلا وضوء) لان فى اعتباره فى تلك الحالة حرجا والاصل فى ذلك ان النبى عليه الصلوة والسلام فعل وامر عليا رضى الله تعالى عنه ان يمسح على جبيرته حين انكسر احدى زنديه يوم احد وقيل يوم خيبر والامر للوجوب عندهما وعند الامام ليس بواجب لان غسل ما تحت الجبيرة ليس بفرض وكذا المسح عليها وقيل واجب عنده كما قال وهو الصحيح (وهو كالغسل لما تحتها) ما دام العذر باقيا وفى المختارات رجل فى احدى رجليه جراحة فتوضأ فمسح على المجروحة وغسل الصحيحة ولبسها ثم احدث لا يمسح على الصحيحة لانه يحتاج الى المسح على المجروحة وذلك كالغسل فيؤدى الى الجمع بين المسح والغسل وذا لا يجوز فى عضو واحد (ويجمع معه) اى مع الغسل (ولا يتوقت) بمدة لا فى حق المقيم ولا فى حق المسافر (و) يمسح (على كل العصابة) وهى ما تشد به الخرقة ائلا تسقط (مع فرجتها ان ضره حلها) كان تحتها جراحة اولا) فان لم يضره الحل حلها وغسل ما حول الجراحة ومسح عليها ومن ضرورة الحل ان لا يقدر على ربطها بنفسه ولا يجد من يربطها (ويكفى مسح اكثرها) وفيه اختلاف المشايخ لكن الصحيح هذا وعليه الفتوى (فان سقطت) الجبيرة والعصابة (عن برء) وكان فى الصلوة (بطل) المسح واستأنفها وكذا الحكم لو برأ موضعها ولم تسقط قال صاحب البحر وينبغى ان يقال هذا اذا كان مع ذلك لا يضره ازالتها اما اذا كان يضره لشدة لصوقها فلا (والا) اى وان لم تسقط عن برء (فلا) يبطل لقيام العذر (ولو تركه) اى المسح (من غير عذر جاز) عند الامام (خلافا لهما) والخلاف فى المجروح وفى المكسور يجب بالاتفاق ثم المسح على الجبيرة يستوى فيه الحدث الاصغر والاكبر (وضع على شقاق رجله) والصواب ان يقول على شقوق رجله لان الشق واحد الشقوق لا الشقاق لان الشقاق داء يكون للدواب قاله الجوهرى وغيره (دواء لا يصل الماء تحته يجزيه الاجراء على ظاهر الدواء) لما فى تكلف ايصال الماء تحته من الحرج وهو مدفوع وقال صدر الشريعة واذا كان فى اعضائه شقاق فان عجز عن غسلها يلزمه امرار الماء عليه وان عجز عنه يلزمه المسح ثم ان عجز عنه يغسل ما حوله ويتركه وان كان الشقاق فى يده ويعجز عن الوضوء استعان بالغير ابو حنيفه وان لم يستعن وتيمم جاز خلافا لهما واذا وضع الدواء على شقاق الرجل امر الماء فوق الدواء فاذا امر الماء ثم سقط الدواء ان كان السقوط عن برء غسل الموضع والا فلا (ولا يفتقر الى نية فى مسح الخف والرأس) لانه بعض الوضوء خلافا للشافعى وفيه رد للعتابى من اشتراط النية فى مسح الخف وكذا لا يشترط نية فى مسح الجبيرة وتوابعها باتفاق الروايات

باب الحيض

لما فرغ من الاحداث التى يكثر وقوعها ذكر ما هو اقل وقوعا منه ولقب بالباب لاصالته بالنظر الى الاستحاضة فانها تعرف بعد معرفته والحيض فى اللغة عبارة عن السيلان يقال حاض الوادى اى سال فسمى حيضا لسيلانه فى اوقاته وفى الشريعة (هو دم ينفضه رحم امرأة بالغة لا داء بها) واحترز بقيد الرحم عن الرعاف

والدماء الخارجة عن الجراحات ودم الاستحاضة فانها دم عرق لادم رحم وبقيد بالغة عن دم تراه الصغيرة قبل ان تبلغ تسع سنين وبقيد لاداء بها عن دم النفاس فان النفساء مريضة في اعتبار الشرع حتى اعتبر تبرعاتها من الثلث وقال الباقاني نقلا عن البهنسي قيد بالغة زائد لانه لاخراج دم الاستحاضة وقد خرج بقوله رحم وقوله لاداء بها لاخراج ما كان لمرض اونفاس ويخرج به دم الاستحاضة ايضا انتهى لكن يمكن الجواب عن الاول بان بعض المشايخ لايطلقون على دم الصغيرة دم الاستحاضة بل دما فاسدا فزيد القيد المذكور تكميلا للتعريف على الاصلين واخراجا له عن حيز الخلاف وعن الثاني بان قوله لاداء بها لاخراج ما كان لمرض الرحم لالمرض ذات الرحم ودم الاستحاضة دم عرق ولامدخل للرحم فيه تدبر (واقله ثلاثة ايام) برفع ثلاثة على الخبرية ونصبها على الظرفية وعلى الاول يكون المعنى اقل مدة الحيض ثلاثة ايام على تقدير المضاف (بلياليها) يعني ثلاث ليال كما هو ظاهر الرواية واضافة الليالي الى الايام لبيان اعتبار عدد الايام فيها لا للاختصاص فلا يلزم ان يكون الليالي ليالي تلك الايام ومن لم يتفطن على هذا قال ما قال (وعن ابي يوسف يومان واكثر الثالث) وعند الشافعي واحمد يوم وليلة وعند مالك ساعة (واكثره عشرة) اي عشرة ايام وعند الشافعي خمسة عشر يوما وبه قال احمد ومالك في رواية وهي رواية عن الامام اولا وعن ابي يوسف وعند احمد في الاظهر سبعة عشر يوم وعن مالك لاحد لقليله ولا لكثيره والحجة عليهم ماروي عن النبي عليه الصلاة والسلام اقل الحيض ثلاثة ايام واكثره عشرة ايام (ومانقص عن اقله اوزاد على اكثره فهو استحاضة وماتراه من الالوان في مدته سوى البياض الخالص فهو حيض) اعلم ان الوان الحيض هي الحمرة والسواد وهما حيض اجماعا وكذا الصفرة المشبعة في الاصح والخضرة والصفرة الضعيفة والكدرة والترابية عندنا والفرق بينهما ان الكدرة تضرب الى البياض والترابية الى السواد (وكذا الطهر المتخلل بين الدمين فيها) اي في مدة الحيض فهذه رواية محمد عن الامام ولايجوز عليها البداءة بالطهر ولاالختم به ووجهها ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط اجماعا فيعتبر اولها وآخرها كالنصاب في باب الزكوة صورته مبتدئة رأت يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما فالعشرة كلها حيض لاحاطة الدم بطرفي العشرة ولورأت يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما لم يكن شئ منها حيضا وقال ابو يوسف وهو رواية عن الامام وقيل هو آخر اقواله ان كان الطهر اقل من خمسة عشر يوما لايفصل لانه طهر فاسد فصار بمنزلة الدم وكثير من المتأخرين افتوا بهذه الرواية لانها ايسر على المفتي والمستفتي لقلة التفاصيل التي يشق ضبطها ويجوز عليها البداءة بالطهر والختم به لكن بشرط احاطة الدم من الجانبين كما لورأت قبل عادتها يوما دما وعشرة ايام طهرا ويوما دما فالعشرة حيض هذا بحث طويل فليطلب من شروح الهداية وغيرها (وهو) اي الحيض (يمنع الصلوة والصوم) للاجماع عليه (وتقضيه دونها) اي تقضي الصوم دون الصلوة لماقالت عائشة رضي الله تعالى عنها كنا على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم نقضي صيام ايام الحيض ولانقضي الصلوة ولان الحيض يمنع وجوب الصلوة وصحة ادائها ولايمنع وجوب الصوم بل يمنع صحة ادائه فقط فنفس وجوبه ثابت فيجب القضاء اذاطهرت ثم المعتبر آخر الوقت عندنا فاذا حاضت في آخر الوقت سقطت وان طهرت فيه وجبت فاذا كانت طهارتها لعشرة وجبت الصلوة وان كان الباقي لحظة وان كانت لاقل منها وذلك عادتها فان كان الباقي من الوقت مقدار مايسع الغسل والتحريمة وجبت والا فلا لان مدة الاغتسال من الحيض والصائمة اذاحاضت في النهار فان كان في آخره بطل صومها فيجب قضاؤه ان كان صوما واجبا وان كان نفلا لا (و) يمنع (دخول المسجد) لقوله عليه الصلوة والسلام فاني لااحل المسجد

الحائض ولاجنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحة الدخول على وجه العبور والمرور (و) يمنع (الطواف) لان الطواف في المسجد قيل واذا كان الطواف في المسجد يكون الحكم معلوما من قوله ودخول المسجد فلم ذكره اجيب بان المفهوم منه عدم جواز شروع الحائض للطواف اذ يلزمها الدخول في المسجد حائضا ولايفهم منه انه لو حاضت بعد الشروع في الطواف لايجوز لها الطواف اذ حينئذ لايوجد منها الدخول في المسجد حائضا وانما يفهم ذلك من هذه المسئلة فاحتيج الى ذكرها (و) يمنع (قربان ما تحت الازار) كالمباشرة والتفخيذ ويحل القبلة وملامسة ما فوق الازار (وعند محمد قربان الفرج فقط) لان الثابتة حرمته دون حرمة ما سواه وهو قول الشافعي واحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف (و يكفر مستحل وطئها) واختلف في تكفيره فقد جزم صاحب المبسوط والاختيار وفتح القدير وغيرهم بكفره لان حرمته ثبت بنص قطعي وفي النوادر عن محمد انه لايكفر وصحح هذه الرواية صاحب الخلاصة ولو وطئها غير مستحل عالما بالحرمة عامدا مختارا كبيرة لاجاهلا ولاناسيا ولامكرها فليس عليه الا التوبة والاستغفار ويستحب ان يتصدق بدينار او نصفه وقيل بدينار ان كان في اول الحيض وبنصفه في آخره واما الوطئ في الدبر فحرام في حالتي الحيض والطهر (وان انقطع) الحيض (لتمام العشرة حل وطئها قبل الغسل) لان الحيض لايزيد على العشرة فلايحتمل عود الدم بعده لكن يستحب ان لايطأها حتى تغتسل وقال الشافعي ومالك واحمد وزفر لايحل وطئها قبل الغسل (و ان انقطع لاقل) من عشرة ايام وفوق الثلاث وكان ذلك على تمام عادتها (لايحل) وطئها (حتى تغتسل) لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلابد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع (او يمضي عليها ادنى وقت صلوة كاملة) فحينئذ يحل وطئها وان لم تغتسل اقامة للوقت الذي يتمكن فيه من الاغتسال مقام حقيقة الاغتسال في حق حل الوطئ فلهذا صارت الصلوة دينا في ذمتها (وان كان) الانقطاع (دون عادتها) وعادتها دون العشرة (لايحل) وطئها (وان اغتسلت) حتى تمضي عادتها لان عود الدم غالب (واقل الطهر) الفاصل بين الدمين (خمسة عشر يوما) باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولانه مدة اللزوم فصار كمدة الاقامة (ولاحد لاكثره) لانه قد يمتد الى سنة وسنتين وقد لايمتد وقد لاترى الحيض اصلا فلايمكن تقديره (الا عند نصب العادة وفي زمن الاستمرار) يعني اذا استمر بها الدم فاحتيج الى نصب العادة فانه حينئذ يكون لاكثره حد لكن اختلفوا في التقدير وقيل طهرها تسعة عشر يوما لان اكثر الحيض في كل شهر عشرة والباقي طهر وتسعة عشر بيقين لاحتمال نقصان الشهر وقيل طهرها ستة وعشرون وحيضها ثلاثة وقيل طهرها شهر كامل وقيل شهران وعليه الفتوى لانه ايسر على المفتي والنساء وقيل اربعة اشهر الا ساعة وقيل ستة اشهر الا ساعة وعليه الاكثر اذ العادة نقصان طهر غير الحامل عن طهر الحامل واقل مدة الحمل ستة اشهر فنقصنا منه شيئا وهو الساعة صورته مبتدئة رأت عشرة ايام دما وستة اشهر طهرا ثم استمر الدم تنقضي عدتها بتسعة عشر شهرا الا ثلاث ساعات لانا نحتاج الى ثلاث حيض كل حيض عشرة ايام والى ثلاثة اطهار كل طهر ستة اشهر الا ساعة وعند عامة العلماء حيضها عشرة في كل شهر من اول الاستمرار وطهرها عشرون كما لو بلغت مستحاضة (واذا زاد الدم على العادة فان جاوز العشرة فالزائد كله استحاضة) لانه لو كان حيضا ما جاوز اكثره (والا فحيض) اي وان لم يتجاوز العشرة فالزائد على العادة حيض على الاصح (وان كانت مبتدئة وزاد على العشرة فالعشرة حيض والزائد استحاضة) لان الحيض لايزيد عليها (والنفاس) بكسر النون مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها اذا ولدت فهي نفساء وهن نفاس وليس فعلاء يجمع على فعال الا نفساء وعشراء والولد منفوس وفي الاصطلاح (دم يعقب الولد) من الفرج فلو ولدت ولم تر دما لاتكون نفساء لكن يجب عليها الغسل عند الامام

وعند ابى يوسف لا وفى السراج الواج بل هى نفساء عند الامام رحمه الله وبه يفتى الصدر الشهيد وصحح الزيلعى قول ابى يوسف معزيا الى المفيد وقال لكن يجب عليها الوضوء (وحكمه حكم الحيض) فى جميع الاحكام (ولا حد لاقله) وهو مذهب الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم وقال الثورى اقله ثلاثة ايام وقال المزنى اربعة ايام وقال شيخ الاسلام اتفق اصحابنا على ان اقل النفاس ما يوجد فانها كما ولدت اذا رأت الدم ساعة ثم انقطع عنها الدم فانها تصوم وتصلى والمراد من الساعة اللمحة لا الساعة النجومية وهو الصحيح وهذا فى حق الصلوة والصوم واما اذا احتيج اليه لانقضاء العدة فله حد مقدر بان يقول لامرأته اذا ولدت فانت طالق فقالت بعد الولادة قد انقضت عدتى فعند الامام اقله خمسة وعشرون يوما وعند ابى يوسف احد عشر يوما وعند محمد اقله ساعة (واكثره اربعون يوما) وقال الشافعى اكثره ستون يوما وهو احد قولى مالك وقوله الآخر يرجع فيه الى العادة وقول الاوزاعى فى النفاس من الجارية كقولنا وفى الغلام خمسة وثلاثون يوما حجتنا على ذلك حديث ام سلمة رضى الله تعالى عنها قالت كانت النفساء تقعد على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم اربعين يوما وقال الترمذى اجمع اهل العلم من اصحاب النبى صلى الله تعالى عليه وسلم ومن بعدهم على ان النفساء تدع الصلوة اربعين يوما الا ان ترى الطهر قبل ذلك (وما تراه الحامل حال الحمل وعند الوضع قبل خروج اكثر الولد استحاضة) لان الحيض دم وبالحبل ينسد فم الرحم فما تراه حينئذ يكون استحاضة روى خلف عن الشيخين ان الدم الذى تراه بعد خروج اكثر الولد نفاس لان للاكثر حكم الكل (وان زاد الدم على اكثره ولها عادة فالزائد عليها) اى على عادتها (استحاضة والا) اى وان لم تكن لها عادة فالزائد على الاكثر فقط استحاضة لان الحيض والنفاس لا يتجاوزان الاكثر (والعادة تثبت وتنتقل بمرة فى الحيض والنفاس عند ابى يوسف وبه يفتى وعندهما لا بد من المعاودة) وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا رأت خلاف عادتها مرة ثم استمر بها الدم فى الشهر الثانى فانها ترد الى ايام عادتها القديمة عندهما وعند ابى يوسف ترد الى آخر ما رأت ولو انها رأت ذلك مرتين ثم استمر بها الدم فى الشهر الثالث فانها ترد الى ما رأت مرتين بالاجماع (ونفاس التوأمين) هما ولدان من بطن بين ولادتهما اقل من ستة اشهر (من الاول) عندهما لان بالولد الاول ظهر انفتاح الرحم فكان المرئى عقبه نفاسا كذا ذكر فى اكثر الكتب لكن يشكل هذا بقوله اكثر مدة النفاس اربعون يوما الا يقال ان ما تراه عقيب الثانى ان كان قبل الاربعين فهو نفاس الاول لتمامها واستحاضة بعد تمامها وفى المحيط فان ولدت ثلاثة اولاد بين الاول والثانى اقل من ستة اشهر وبين الثانى والثالث كذلك ولكن بين الاول والثالث اكثر من ستة اشهر فالصحيح انه يجعل كحمل واحد (خلافا لمحمد) وهو قول زفر لان نفاسها من الثانى لانسداد فم الرحم بالثانى فلا يكون ما تراه عقيب الاول من الرحم بل هو استحاضة (وانقضاء العدة من) الولد (الاخير اجماعا) لان العدة متعلقة بفراغ الرحم ولا فراغ مع بقاء الولد (والسقط) مثلثة اسم للولد الساقط قبل تمامه (ان ظهر بعض خلقه) كشعر وانف ويد ورجل (فهو ولد تصير به امه نفساء والامة ام ولد) ان ادعاه السيد (ويقع به الطلاق المعلق بالولادة) بان قال ان ولدت فانت طالق (وتنقضى به العدة) لانه ولد لكنه ناقص الخلقة ونقصان الخلقة لا يمنع احكام الولادة وفى قول صاحب التبيين ولا يستبين خلقه الا فى مائة وعشرين يوما نظر افليتأمل (ودم الاستحاضة كرعاف دائم لا يمنع صلوة ولا صوما ولا وطئا) وهذه المسئلة لم تذكر فى موضعها والمناسب ان تذكر فى فصل المستحاضة تدبر

﴿فصل﴾

(المستحاضة ومن به سلس البول او) من به (استطلاق بطن وانفلات ريح او رعاف دائم او جرح لا يرقأ) الاستحاضة فى اللغة استمرار الدم بالمرأة بعد ايامها سلس البول استرساله وعدم استمساكه واستطلاق البطن جريانه وانفلات الريح ان لا يستطيع

جمع مقعد وهو كل الجمع والجرح الذى لايرقاء وهوالذى لايسكن دمه (يتوضأون لوقت كل صلوة ويصلون به فى الوقت ماشاؤا من فرض ونفل) مادام الوقت باقيا والمراد بالنفل مازاد على الفرض فيشمل الواجب والنذر وقال الشافعى يتوضأون لكل صلوة فرض ويصلون به من النوافل ماشاؤا تبعا لذلك الفرض لقوله عليه الصلوة والسلام المستحاضة تتوضأ لكل صلوة اطلق صلى الله تعالى عليه وسلم الصلوة والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هوالمكتوبة ولنا ان اللام فى لكل صلوة تستعار للوقت كما فى قوله تعالى لدلوك الشمس والالزم الوضوء لقضاء كل صلوة لو كانت عليها صلوات وهذا خرج وهو مدفوع على ان الحفاظ اتفقوا على ضعف متمسكه على ما حكاه النووى فى المهذب (ويبطل) الوضوء (بخروجه) اى بخروج الوقت (فقط) هذا اذا كان العذر موجودا وقت الوضوء او بعده اما لو وجد قبله ثم انقطع واستمر الانقطاع الى ان خرج الوقت فلا يبطل وضوءه ولهذا جاز المسح على الخفين للمستحاضة بعد خروج الوقت اذا لم يكن الدم سائلا وقت الوضوء واللبس (وقال زفر بدخوله) اى بدخول الوقت (فقط) واضافة البطلان الى الخروج والدخول مجاز لانه لاتأثير للخروج والدخول فى الانتقاض حقيقة (وقال ابو يوسف يبطل بايهما كان) والى ثمرة الخلاف اشار بقوله (فالمتوضئ وقت الفجر لايصلى به بعد الطلوع) عند علمائنا الثلاثة لانتقاض طهارته بالخروج (الا عند زفر والمتوضئ بعد الطلوع) قبل الزوال واو للعيد على الصحيح (يصلى به الظهر) عند الطرفين لعدم خروج وقت الفرض فلا ينتقض بخروج وقت الظهر (خلافا له) اى لزفر لوجود دخول الوقت (ولابى يوسف) لوجود احد الناقضين وهو دخول الوقت (والمعذور من لايمضى عليه وقت صلوة الا والعذر الذى ابتلى به يوجد فيه) هذا تعريف المعذور فى حالة البقاء واما فى حالة الابتداء فان يستوعب استمرار العذر وقت الصلوة كاملا كالانقطاع فانه لايثبت مالم يستوعب الوقت كله كذا فى اكثر الكتب وفى الكافى ما يخالفه فانه قال انما يصير صاحب عذر اذا لم يجد فى وقت صلوة زمانا يتوضأ ويصلى فيه خاليا عن الحدث انتهى وقد وفق صاحب الدرر بينهما بحمل الاستيعاب المذكور فى اكثر الكتب على ما يعم الحكمى وقال الباقانى وفيه نظر لان الثبوت مثل الانقطاع فى الشرط المذكور وذلك على تقدير ان يكون المراد من الاستيعاب الاستيعاب الحقيقى انتهى وفيه كلام لانا لانسلم استلزام الاستيعاب الحقيقى من الانقطاع الاستيعاب الحقيقى من الثبوت لان ما يستمر كمال الوقت بحيث لاينقطع لحظة نادر فيؤدى الى نفى تحقق العذر الا فى الامكان بخلاف جانب الصحة منه فانه يدوم انقطاعه وقتا كاملا وهو مما يتحقق ولايلزم اعتبار كل ما فى المشبه به فى المشبه بل يكفى ان يكون باعتبار بعض ما فيه وما فى الكافى يصلح تفسيرا لما فى غيره ولهذا قال صاحب الدرر او حكما لان الانقطاع اليسير ملحق بالعدم فليتأمل وفى النوازل واذا كان به جرح سائل وتشد عليه خرقة فاصابه الدم اكثر من قدر الدرهم او اصاب ثوبه فصلى ولم يغسله ان كان لو غسله يتنجس ثانيا قبل الفراغ جاز ان لايغسله والا فلا هو المختار ولو كانت به دماميل او جدرى فتوضأ وبعضها سائل ثم سال الذى لم يكن انتقض وضوءه لان هذا حدث جديد كما اذا سال احد منخريه فتوضأ مع سيلانه وصلى ثم سال المنخر الآخر فى الوقت انتقض وضوءه

﴿ باب الانجاس ﴾

اضافة الباب الى الانجاس باعتبار ان بيانها فيه فالاضافة لادنى ملابسة ولايقتضى تقدير البيان كما سبق الى بعض الاذهان وما فى صيغة الجمع من الاشارة الى تعدد الانواع يغنى عن تقدير الانواع مضافا الى الانجاس فمن قال تقدير الكلام باب بيان انواع الانجاس فقد زاد والانجاس جمع نجس بفتح النون وكسر الجيم وفتحها وسكونها مع فتح النون وبكسر النون مع كسر الجيم كلها مستعملة فى اللغة والنجس كل مستقذر فى الاصل مصدر استعمل اسما يطلق على الحقيقى وهو الخبث وعلى الحكمى

وهو الحدث والمراد ههنا الاول ولما فرغ من بيان النجاسة الحكمية وتطهيرها شرع في بيان
النجاسة الحقيقية وتطهيرها وانما اخرها عنها لانها اقوى يدل على ذلك ان قليلها يمنع الجواز
اتفاقا بخلاف الحقيقية فان قليلها معفو عند الشافعي وعندنا قدر الدرهم ومادونه من المغلظة
ومادون ربع الثوب من المخففة (يطهر بدن المصلي وثوبه) وكذا مكانه يعني لما وجب التطهير
في الثوب بعبارة النص وجب في البدن والمكان بدلالته لان الاستعمال في حالة الصلوة يشمل الكل
وفي الآخرين اولى باعتبار انه لايخلو عنهما وقد يخلو عن الثوب ولم يذكر ههنا المكان لانه انواع
ولكل منها حكم خاص على ما سنقف عليه ثم المعتبر في طهارة المكان تحت قدم المصلي حتى لو افتتح
الصلوة وتحت قدميه اكثر من قدر الدرهم من النجاسة فصلوته فاسدة لانه لابد من القيام وذلك
يكون بالقدم واما في موضع السجود ففي رواية محمد عن الامام انه لايجوز ايضا لان السجود ركن
كالقيام وفي رواية ابي يوسف عنه انه يجوز (من النجس الحقيقي بالماء) ولو مستعملا على قول محمد
وروايته عن الامام واما عند ابي يوسف فنجس نجاسة خفيفة لايفيد الطهارة الا انه ان ازيلت به
نجاسة غليظة زالت وتبقى نجاسة الماء (وبكل مايع طاهر) احتراز عن بول مايؤكل لحمه (مزيل)
اي من شانه ازالة النجاسة بان ينعصر اذا عصر (كالخل وماء الورد لا الدهن) لانه بدسومته
لايزيل غيره وكذا اللبن ونحوه (وعند محمد لايطهر الا بالماء) لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس
لايفيد الطهارة الا ان هذا القياس ترك في الماء للضرورة وهو مذهب الشافعي وزفر ولهما
ان النجاسة الحقيقية ترتفع بالماء اتفاقا لقلعه النجاسة عن محلها فكذا يرفعها المايع لمشاركته الماء
في هذا المعنى ولافرق بين الثوب والبدن في طهارتهما بالمايع عند الامام وابي يوسف في رواية
وفي رواية اخرى عنه لايطهر البدن الا بالماء (و) يطهر (الخف ان تنجس بنجس له جرم
بالدلك المبالغ ان جف) انما خص الخف بالذكر لان الثوب لايطهر الا بالغسل الا في المني
كما سيأتي ان شاء الله تعالى وانما قيد بالجرم لان مالاجرم له اذا اصاب الخف لايطهر بالدلك وان جف
الا اذا التصق به من التراب فجف بعد ذلك فمسحه يطهر وهو الصحيح وانما قيد بالجفاف
لان ماله جرم من النجس اذا اصاب الخف ولم يجف لايطهر بالدلك عند الطرفين وانما قيد
بالدلك لانه بالغسل يطهر اتفاقا ثم الفاصل بين ماله جرم ومالاجرم له هو ان كل مايرى بعد الجفاف
على ظاهر الخف كالعذرة والدم ونحوه فهو ذو جرم ومالا يرى بعد الجفاف ليس بذي جرم وانما
قيد بالمبالغ وان لم يكن في سائر المتون احتياطا لان المقام مقام الاحتياط (خلافا لمحمد) فان عنده
لايطهر بالدلك اصلا وهو قول زفر (وكذا ان لم يجف عند ابي يوسف وبه يفتى) اي جوز الدلك
في رطب ذي جرم فانه لايشترط الجفاف ولكن يشترط ذهاب الرائحة وعليه اكثر المشايخ لعموم البلوى
(وان تنجس بمايع فلابد من الغسل) لان اجزاء النجاسة تتشرب في الخف فلايخرج منه الا بالغسل
(والمني نجس) عندنا خلافا للشافعي (ويطهر ان يبس بالفرك والا يغسل) وانما قيد باليبس
لان الرطب لايطهر الا بالغسل وفي الجامع الصغير انه ان حته او حكه بعدما يبس يطهر وطهارته
مشروطة بطهارة رأس الحشفة والا يجب الغسل ولايضر المجاورة في مجرى البول لانهم لم يعتبروا
النجاسة الباطنة وقال شمس الائمة مسئلة المني مشكلة لان الفحل يمذي ثم يمني والمذي لايطهر بالفرك
الا ان يقال انه مغلوب بالمني فيجعل تبعا له ولافرق بين مني المرأة والرجل وهو الصحيح والمصنف
كانه اختاره فاطلقه وكذا لافرق بين البدن والثوب لان البلوى في البدن اشد لكن لابد من المبالغة
في الدلك وبقاء اثر المني بعد الفرك لايضر كبقائه بعد الغسل ولو اصاب المني شيئا له بطانة فنفذ
اليها يطهر بالفرك هو الصحيح ثم اذا فرك يحكم بطهارته عندهما وفي اظهر الروايتين عن الامام
انه يقلل النجاسة بالفرك ولايحكم بطهارته حتى لو اصابه ماء عاد نجسا عنده قياسا ولايعود عندهما

استحسانا وكذا الخف اذا اصابه نجس فدلكه ثم وصل اليه الماء (و) يطهر (السيف الصقيل) وانما قيدنا بالصقيل لانه ان كان منقوشا لا يطهر الا بالغسل (ونحوه) كالمرآة والسكين (بالمسح مطلقا) وبه قال مالك وقال زفر والشافعي واحمد لا يطهر الا بالغسل وهو القياس وقال الزاهدي في شرح المختصر سيف او سكين اصابه البول او الدم في الاصل انه لا يطهر الا بالغسل والقذرة الرطبة واليابسة تطهر بالحت عند الشيخين وعند محمد لا يطهر الا بالغسل وفي مختصر الكرخي السيف يطهر بالمسح من غير فصل بين الرطب واليابس والبول والعذرة والامام القدوري اختار ما ذكره الكرخي وكذا المصنف لانه اطلقه ولم يذكر خلاف محمد وهو المختار للفتوى لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها ويصلون معها (و) تطهر (الارض) النجسة (بالجفاف وذهاب الاثر للصلوة) وهو اللون والرائحة والطعم ومن قصر على الاولين فقد قصر كما في بحر الرواية فتجوز الصلوة عليها لقوله عليه الصلوة والسلام ذكوة الارض يبسها اي طهارتها جفافها اطلاقا لاسم السبب على المسبب لان الذكوة وهي الذبح سبب الطهارة في الذبيحة خلافا لزفر والشافعي (لا للتيمم) لان طهارة الصعيد ثبت شرطا للتيمم بقوله تعالى طيبا اي طاهرا فلا يتأدى التيمم بما ثبت طهارته بخبر الواحد كما لم يجز التوجه الى الحطيم ولو ثبت انه من البيت بقوله عليه الصلوة والسلام الحطيم من البيت وانما قيد بالجفاف لانها لو لم تجف لا تطهر الا اذا صب عليها ماء بحيث لم يبق للنجاسة اثر فتطهر وانما قال بالجفاف ولم يقل باليبس لانهم يفرقون بينه وبين الجفاف والمعتبر ههنا الجفاف (وكذا الآجر المفروش) احترازا عن الموضوع على الارض (والخص المنصوب) بضم الخاء المعجمة والصاد المهملة البيت من قصب والمراد ههنا السترة التي تكون على السطوح من القصب وتقييده كتقييد الآجر بالمفروش (والشجر والكلاء غير المقطوع هو المختار) راجع الى الاخرين باعتبار كونهما مقيدين بقيد غير المقطوع ولا يخالفه ما في الاصلاح والخانية كما توهم البعض (والمنفصل) من الاولين (والمقطوع) من الاخرين (لابد من غسله) وفي الخلاصة الجص بالجيم حكمه حكم الارض بخلاف اللبن الموضوع على الارض (وطهارة المرئي بزوال عينه) النجاسة على ضربين مرئية وغير مرئية وطهارة الاولى بزوال عينها لان تنجس ذلك الشيء باتصال النجاسة به فازالتها ولو بغسلة واحدة تطهير له وقال ابو جعفر لا يطهر ما لم يغسله مرتين اخريين بعد ذلك لانه لما زالت عين النجاسة صارت كنجاسة غير مرئية غسلت مرة بل لان المرئي لا يخلو عن غير المرئي فان رطوبته التي اتصلت بالثوب لا يكون مرئيا وغير المرئي لا يطهر الا بالغسل ثلثا ذكره صاحب الذخيرة وهذا احوط والاول ارفق (ويعفى اثر شق زواله) بان يحتاج في اخراجه الى نحو الصابون (ويطهر غير المرئي بالغسل ثلثا) وفي الهداية وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر لان التكرار لابد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في امر القبلة وانما اعتبروا بالثلاث لان غالب الظن يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا وفي المطلب وانما قدر بالثلاث لان غلبة الظن تحصل عنده غالبا ولحديث المستيقظ انتهى وفيه كلام لانه لا وجه للاستدلال بهذا الحديث لانه يدل على اشتراط الغسل ثلثا عند توهم النجاسة فعند التحقق ينبغي الزيادة احتياطا على ان المذكور في الحديث تنزيهي لا تحريمي بدلالة التعليل ولذلك قيل انه سنة لا واجب وازالة النجاسة واجبة للمصلي (او سبعا) هذا عبارة المختار وعلله صاحب الاختيار لقطع الوسوسة وبهذا يظهر ضعف ما قيل ذكر السبع بعد الثلاث لا فائدة فيه (والعصر كل مرة ان امكن عصره) ويبالغ في الثالث الى ان ينقطع القطر والمعتبر عصر الغاسل وعن محمد في غير رواية الاصل انه اذا غسل ثلاث مرات وعصر في المرة الثالثة يطهر وقال الشافعي

انه يطهر بالغسل مرة (والا) اى وان لم يمكن العصر كالحصير ونحوه (فبالتجفيف كل مرة حتى ينقطع التقاطر) ولا يشترط اليبس ولو كانت الحنطة منتفخة واللحم مغلى بالماء النجس يغسل ثلاثا ويجفف فى كل مرة فطريقه ان تنقع الحنطة فى الماء الطاهر حتى تتشرب ثم تجفف ويغلى اللحم فى الماء الطاهر ويبرد يفعل ذلك ثلاث مرات وعلى هذا السكين المموه بالماء النجس بان يموه بالماء الطاهر ثلاث مرات ولو كان الغسل نجسا يصب عليه الماء بقدره ويغلى حتى يعود الى مكانه ثلاثا وكذا الدهن بان يوضع فى اناء مثقوب ويجعل على الماء ويحرك ثم يفتح الثقب الى ان يذهب الماء ثلاثا ولو القيت دجاجة حالة الغليان فى الماء قبل ان يشق بطنها ويغسل ما فيه من النجاسة للنتف لا يطهر ابدا وكذا الدقيق اذا صب فيه الخمر بالاتفاق (وقال محمد بعدم طهارة غير المنعصر ابدا) لان الطهارة بالعصر وهو مما لا ينعصر والفتوى على الاول (ويطهر بساط تنجس بجرى الماء عليه يوما وليلة) كذا فى الذخيرة والتاتارخانية وقيل اكثر يوم وليلة وفى الوقاية ليلة والتقدير لقطع الوسوسة لانهم قالوا البساط اذا تنجس واجرى عليه الماء الى ان يتوهم زوالها طهر لان اجراء الماء يقوم مقام العصر كذا فى المحيط والمراد منه ههنا ما تعذر غسله او تعسر والا فهو داخل فيما لم يكن عصره (و) يطهر (نحو الروث والعذرة بالحرق حتى يصير رمادا عند محمد هو المختار) وعليه الفتوى لان الشرع رتب وصف النجاسة على تلك الحقيقة وتنتفى الحقيقة بانتفاء بعض اجزاء مفهومها فكيف بالكل الا يرى ان العصير الطاهر اذا صار خمرا يتنجس واذا صار خلا يطهر اتفاقا فعرفنا ان استحالة العين تستتبع زوال الوصف المرتب عليها وعلى هذا يحكم بطهارة صابون صنع من زيت نجس (خلافا لابى يوسف) لان اجزاء ذلك النجس باقية من وجه (وكذا يطهر حمار وقع فى المملحة فصار ملحا) لانقلاب العين وهو من المطهرات فان كان من الخمر فلا خلاف فى الطهارة وان كان من غيرها كالخنزير يطهر عند محمد خلافا لابى يوسف وفى الظهيرية العذرات اذا دفنت فى موضع حتى صارت ترابا قيل يطهر (وعفى قدر الدرهم مساحة كعرض الكف فى الرقيق ووزنا بقدر مثقال فى الكثيف) والمراد بعرض الكف ما وراء مفاصل الاصابع اصل هذه المسئلة ان الرواية عن محمد اختلفت فى الدراهم فانه اعتبره بالمساحة فى رواية النوادر وبالوزن فى كتاب الصلوة والدرهم هو الكبير الذى بلغ وزنه مثقالا وقيل درهم زمانه ووفق الهندوانى بينهما بان رواية المساحة فى الرقيق كالبول ورواية الوزن فى الثخين كالعذرة واختاره كثير من المشايخ وهو الصحيح والنجاسة التى يمكن الاحتراز عنها مانعة عند زفر والشافعى قليلة كانت او كثيرة مغلظة كانت او مخففة لان النص الموجب للتطهير لم يفصل بين القليل والكثير وانما ان التحرز عن القليل حرج وهو مدفوع فقدرناه بالدرهم لان موضع الاستنجاء لم يطهر بالكلية بامرار الحجر عليه ولهذا لو دخل المستنجى فى الماء القليل نجسه فاذا صار موضع الاستنجاء معفوا فى حق الصلوة علم ان قليلها فى الشرع معفو لان المحال مستوية فعبروا عن المقعد بالدرهم لاستقباحهم ذكرها فى محافلهم (من نجس مغلظ كالدم) السائل الا دم الشهيد فى حقه وانما قيدنا بالسائل لان ما بقى فى اللحم والعروق ليس بنجس (والبول ولو من صغير لم يأكل) لاطلاق قوله صلى الله تعالى عليه وسلم استنزهوا البول الحديث (وكل ما يخرج من بدن الادمى) معطوف على قوله كالدم (موجب التطهير) احترز به عن العرق والبزاق ونحوهما (والخمر وخرء الدجاج ونحوه) كالبط الاهلى والاوز (وبول الحمار والهرة والفارة) واعترض بعض شراح الوقاية ههنا ان المراد من قوله وبول الحمار والهرة والفارة بول ما لا يؤكل لحمه فلو طرح قوله والبول لكان احسن انتهى وفيه كلام وهو انه فرق بين ما لا يؤكل لحمه للكرامة وبين ما لا يؤكل لحمه للنجاسة كما صرح وابه ولذا وقع فى الكتب التصريح بحكم كل منهما على حدة كذا قال المحشى يعقوب باشا

ولم يتفطن بعض شراح هذا الكتاب لهذه الدقيقة فقال في تفسير قوله والبول اي من حيوان لم يؤكل وانسان وقوله بول الحمار نص عليه لئلا يتوهم انه يخالف حكم غيره من غير المأكول في البول كما خالفه في السؤر والعرق ولم يقدر التدارك في قوله الهرة والفارة فسكت مع انه يمكن التدارك لانه اختلف المشايخ فيهما فقال بعضهم بول الهرة والفارة وخرؤهما نجس في اظهر الروايتين يفسد الماء والثوب وقال بعضهم بول الخفاش ليس بنجس للضرورة وكذا بول الفارة والهرة اذا اصاب الثوب لا يفسد لانه لا يمكن التحرز وعلى هذا تخصيص ذكرهما لكونهما محل الاختلاف فليتأمل (وكذا الروث والخثى) عند الامام لان النجاسة عنده ما ورد نص على نجاسته ولم يعارضه نص آخر في طهارته سواء اتفق العلماء فيه او اختلفوا فان اختلافهم بناء على الاجتهاد وليس بحجة في مقابلة النص فلا يصلح معارضا له وقد ورد في نجاستهما نص وهو ما روى عن النبي عليه الصلوة والسلام انه رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس ولم يعارضه غيره فتغلظ (خلافا لهما) اي عندهما مخففة لا اختلاف العلماء ان اختلاف العلماء يورث التخفيف عندهما فان مالكا يرى طهارته لعموم البلوى بخلاف بول الحمار فانه نجس مغلظ اذ لا ضرورة فيه فان الارض تنشفه (وما دون ربع الثوب من مخفف) قال صاحب التحفة واما حد الكثير في النجاسة الخفيفة فهو الكثير الفاحش ولم يذكر حده في ظاهر الرواية واختلف الروايات عن الامام روى عن ابي يوسف انه قال سألت ابا حنيفة رحمه الله عن الكثير الفاحش فكره ان يحد فيه حدا وقال الكثير الفاحش ما يستفحشه الناس ويستكثرونه وروى الحسن عنه انه قال شبر في شبر وذكر الحاكم في مختصره عن الطرفين الربع وهو الاصح لان الربع له حكم الكل واختلف المشايخ في تفسير الربع قال بعضهم هو ربع جميع الثوب والبدن وقيل ربع كل عضو وطرف اصابته النجاسة من اليد والرجل والكم وهو الاصح (كبول الفرس وما يؤكل لحمه) وانما خص ذكر الفرس لاختلاف الرواية في كراهة لحمها تنزيها وتحريما هذا مثال للنجس الخفيف عند الشيخين وعند محمد بول الفرس وما اكل لحمه طاهر (وخرء طير لا يؤكل) هذا قول الامام لانها تذرق في الهواء والتحامي عنها متعذر وعندهما مغلظة في رواية الهندواني وهو الصحيح ومخففة في رواية الكرخي عن الشيخين وعند محمد نجس نجاسة غليظة وقال شمس الائمة السرخسي ان خرء ما لا يؤكل لحمه طاهر عند الشيخين اذ لا فرق بين ما اول اللحم وغيره في الخرء انتهى وهذا مشكل على قولهما لما عرفت من مذهبهما ان اختلاف العلماء يورث التخفيف وقد تحقق فيه الاختلاف وعلى هذا ينبغي ان لا يكون الخرء نجاسة غليظة عندهما الا ان يقال بان الرواية القائلة بالطهارة ضعيفة فلم تعد اختلافا فاندبر (وبول انتضح مثل رؤس الابر) جمع ابرة وهو الخيط ولو كان مقدار عرض الكف او اكثر اذا جمع قبل التقيد بالرؤس اشارة الى انه اذا كان قدر جانبها الاخر الاكبر لم يعف لعدم الضرورة وليس كذلك لان غير الرأس كالرأس والمراد من رؤس الابر ههنا تمثيل للتقليل (عفو) لانه لا يمكن التحرز عنه وعن ابي يوسف يجب غسله لانه نجس وعند الشافعي لا يعفى فيما يمكن ازالته وفي النوازل رجل رمى بعذرة في نهر فانتضح الماء من وقوعها فاصاب ثوب انسان او جاريان في الماء فاصاب من ذلك الرش ثوب انسان لا يضره الا ان يظهر فيه لون النجاسة لان في اصابة النجاسة شكا (ودم السمك وخرء طيور مأكول طاهر) لان دم السمك ليس بدم حقيقة وكذا دم البق والقمل والبرغوث والذباب طاهر كما في الخانية (الا الدجاج والبط ونحوهما) وفي شرح الطحاوي ان خرء الدجاجة والبط ونحو ذلك من الطيور الكبار التي لخرئها رائحة خبيثة نجس نجاسة غليظة بالاتفاق (ولعاب البغل والحمار طاهر عندهما) اي لا ينجس الشيء الطاهر به لانه مشكوك والطاهر لا يزول طهارته بالشك (وعند ابي يوسف مخفف) حتى اذا فحش يمنع جواز الصلوة لانه يتولد من اللحم النجس وانما قدر بالكثير الفاحش للضرورة (وماء)

قليل (ورد على نجس نجس) نجاسة غليظة حتى اذا اصاب ثوبا لا يطهر الا بالغسل ثلاثا وقال الشافعي ان الماء طاهر لغلبته (كعكسه) اى كنجس ورد على ماء قليل فانه نجس اتفاقا (ولو لف ثوب طاهر فى رطب نجس وظهرت فيه رطوبته ان كان بحيث لو عصر قطر تنجس) فلا تجوز الصلوة فيه لاتصال النجاسة به (والا فلا) هو الاصح (كما لو وضع) الثوب حال كونه (رطبا على مطين بطين نجس جاف) بتشديد الفاء من جف لان الجفاف يجذب رطوبة الثوب فلا يتنجس واما اذا كان رطبا فيتنجس (ولو تنجس طرف) من الثوب (فنسيه) اى نسى المحل المصاب بالنجاسة وانما قيد به لانه اذا علم المحل المصاب تعين غسله (وغسل طرفا) اى طرف كان (بلا تحر) فعلم من هذا ان التحرى ليس بشرط وقال الاسبيجابى انه شرط (حكم بطهارته) على المختار كما فى الخلاصة وفى متفرقات ركن الاسلام انه لا يطهر وان تحرى وكذا فى شرح الطحاوى اذا خفى موضع النجاسة يغسل جميع الثوب فلو صلى مع هذا الثوب صلوة ثم ظهر ان النجاسة فى الطرف الآخر يعيد هذه الصلوة (كحنطة بالت عليها حمر) بضمتين والسكون جمع حمار وانما ذكرها لان بولها نجاسة مغلظة فيعلم الحكم فى غيرها بالدلالة (تدوسها) اى تطأ بقوائمها تلك الحنطة فتختلط بغيرها (فغسل بعضها او ذهب) بعضها (طهر كلها) قال صدر الشريعة اعلم انه اذا ذهب بعضها او قسمت الحنطة يكون كل واحد من القسمين طاهرا اذ يحتمل كل واحد من القسمين ان يكون النجاسة فى القسم الآخر فاعتبر هذا الاحتمال فى الطهارة لمكان الضرورة انتهى فيه كلام اذ لا ضرورة فى التحرى فى المسئلتين كذا فى الاصلاح (وانفحة الميتة ولبنها طاهر) قال ابن ملك الانفحة الميتة بكسر الهمزة وفتح الفاء مخففة كرش الجدى او الحمل الصغير لم يأكل يقال لها بالفارسية پنيرمايه يعنى الانفحة الميتة جامدة كانت او مايعة طاهرة عند الامام وكذا لبنها اما الانفحة الجامدة فان الحياة لم تحل فيها واما المايعة واللبن فلان نجاسة محلها لم تكن مؤثرة فيهما قبل الموت ولهذا كان اللبن الخارج بين فرث ودم طاهرا فلا تكون مؤثرة بعد الموت انتهى هذا يشكل بالقئ لان القئ اذا كان ملأ الفم غير البلغم نجس بالاتفاق بمجاورته وبهذا ثبت تأثير نجاسة المحل واما عدم تأثيرها قبل الموت فللضرورة ولا ضرورة بعد الموت فليتأمل (خلافا لهما) فانهما قالا الانفحة الميتة مطلقا نجسة ولبنها نجس لان تنجس المحل يوجب تنجس ما فيه (والاستنجاء) انما ذكره من باب الانجاس وتطهيرها لانه من جنس تطهير البدن من النجاسة وهو مسح موضع النجو والنجو ما يخرج من البدن يقال نجا وانجا اذا احدث والسين للطلب كانه طلب النجو وفى الاصل اعم منه لكونه بالماء تارة وبالاحجار اخرى (سنة) لمواظبة النبي عليه الصلوة والسلام كذا فى الهداية واعترض بعض الفضلاء بان المواظبة من غير ترك دليل الوجوب ودفعه بتقييده مع الترك ليس بسديد لان الحكم يثبت بقدر دليله ومواظبته عليه الصلوة والسلام ليست دليلا على الوجوب وهو المختار والقائل بدلالتها على الوجوب انما يقول عند سلامتها عن معارض وقد وقع المعارض ههنا وهو قوله عليه الصلوة والسلام من استجمر فليوتر ومن فعل هذا فقد احسن ومن لا فلا حرج لانه لو كان واجبا لما انتفى الحرج عن تاركه فعلم انه ليس بواجب فثبت بالمواظبة سنيته تدبر وقال الشافعي هو فرض فلا تجوز الصلوة الا به (مما يخرج من احد السبيلين غير الريح) ونحوه مما هو غير الخارج المذكور كالنوم والاغماء والفصد والخارج من قرح السبيلين وانما استثنى ذلك وهو غير محتاج اليه للمبالغة فى المنع عن ذلك فان الاستنجاء عنه بدعة (وما سن فيه عدد) اى لم يسن فى استنجاء الاحجار عدد عندنا خلافا للشافعي فان عنده لا بد من التثليث (بل يمسحه بنحو حجر) ومدر وطين يابس وتراب وخشب وقطن وخرقة وغيرها طاهرة وفى النظم ينبغى ان يستنجى ثلاثة امدار فان لم يجد فبالاحجار فان لم يجدها كفى التراب ولا يستنجى بما سوى الثلاثة لانه يورث الفقر (حتى ينقيه) اى يطهر بنحو

بحجر موضع النجو لان الانقاء هو المقصود فلا يكون دونه سنة (يدبر بالحجر الاول ويقبل بالثانى) الادبار الذهاب الى جانب الدبر والاقبال ضده (ويدبر بالثالث فى الصيف) لان خصيتيه تدلى فى الصيف فيخشى تلوثها واعترض عليه بان قوله وماسن فيه عدد يقتضى نفى العدد وقوله يدبر بالحجر الاول الى آخره يقتضى العدد فآخر كلامه ينافى اوله انتهى هذا ليس بمناف لانه اراد بيان كيفيته التى تحصل بها زيادة الانقاء وهو المقصود دون كميته فيختار تلك الكيفية لكونها ابلغ واسلم عن زيادة التلويث (ويقبل الرجل بالاول) انما قيد به لان المرأة تدبر بالاول فى كل حال لئلا يتلوث فرجها وفى الشتى والمرأة تفعل فى الاوقات كلها كالرجل فى الشتاء لئلا يتلوث الحجر من فرجها قبل الوصول الى مخرجها (ويدبر بالثانى والثالث فى الشتاء) لان خصيتيه غير مدلاة فيؤمن من التلوث (وغسله) اى الموضع (بالماء بعد الحجر افضل) ان امكنه ذلك من غير كشف العورة والا يكتفى الاستنجاء بالحجر لانهم قالوا من كشف العورة للاستنجاء يصير فاسقا وفى البزازية ومن لم يجد سترة تركه ولو على شط نهر لان النهى راجح على الامر حتى استوعب النهى الازمان ولم يقتض الامر التكرار واختلف فيه فقيل مستحب وقيل الجمع سنة فى زماننا لان اهل الزمان الاول يبعرون بعرا لانهم يأكلون قليلا واهل زماننا يأكلون كثيرا فيثلطون ثلطا وقيل سنة على الاطلاق وهو الصحيح وعليه الفتوى كما فى الجوهرة وفى المفيد ولا يستنجى فى حياض على طريق المسلمين لانها تبنى للشرب لكن يتوضأ ويغسل فيها (يغسل بيده اولا ثم المخرج ببطن اصبع) واحدة ان حصل به النقاء (او اصبعين) ان احتيج الى الزيادة (او ثلاث برؤسها) ان احتيج الى ازيد من يده اليسرى فلا يغسل بظهور الاصابع ولا برؤسها لانه يورث الباسور وفى الشمنى يصعد بطن الوسطى فيغسل ملاقيها ثم البنصر كذلك ثم الخنصر ثم السبابة حتى يغلب على ظنه الطهارة ولا يقدر ذلك بعدد لان النجاسة غير مرئية الا ان يقطع الوسوسة فيقدر بالثلاث وقيل بالسبع والمرأة تصعد البنصر والوسطى جميعا معا ثم تفعل بعد ذلك كما يفعل الرجل على ما وصفنا لانها لو بدأت باصبع واحدة كالرجل عسى يقع فى موضعها فتلذذ فيجب عليها الغسل وهى لا تشعر به (ويرخى مبالغة) اى يرخى كل الارخاء حتى يطهر ما يداخل فيه من النجاسة (ان لم يكن صائما) انما قيد به لانه اذا كان صائما يفسد فى رواية ولهذا نهى عن التنفس والقيام بلا تنشف بخرقة (ويجب) الغسل بالماء وانما فسرنا فاعل يجب بالغسل لان غسل ما عدا المخرج لا يسمى استنجاء (ان جاوز النجس المخرج اكثر من درهم) لان للبدن حرارة جاذبة لاجزاء النجاسة فلا يزيلها المسح بالحجر وهو القياس فى محل الاستنجاء الا انه ترك القياس للنص على خلاف القياس فلا يتعداه والمراد بالماء هنا كل مايع طاهر مزيل (ويعتبر ذلك وراء موضع الاستنجاء) اى ويعتبر فى منع صحة الصلوة ان تكون النجاسة اكثر من قدر الدرهم مع سقوط موضع الاستنجاء بناء على ان ما على المخرج فى حكم الباطن عندهما وعند محمد المخرج كالخارج فان كان ما فيه زائدا على الدرهم يمنع وان كان اقل وكان فى موضع آخر من بدنه نجاسة تجمع فان كان المجموع اكثر من قدر الدرهم يمنع وفى القنية اذا اصاب المخرج نجاسة من خارج اكثر من قدر الدرهم فالصحيح انه لا يطهر الا بالغسل (ولا يستنجى بعظم ولا بروث وطعام) لنهيه عليه الصلوة والسلام عن ذلك وكذا لا يستنجى بعلف الحيوان مثل الحشيش ونحوه وكذا بخزف وآجر وفحم وزجاج وشىء محترم كخرقة الديباج ونحوها فلو استنجى بهذه الاشياء جاز مع الكراهة فلا يكون مقيما للسنة (ويمينه) اى لا يستنجى باليمين لقوله عليه الصلوة والسلام اليمين للوجه واليسار للمقعد الا لضرورة بان تكون يسراه مقطوعة او بها جراحة فلو شلتا سقط الاستنجاء (وكره استقبال القبلة واستدبارها لبول ونحوه) لقوله عليه الصلوة والسلام اذا اتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا او غربوا ولهذا كان الاصح من الروايتين كراهة الاستدبار كالاستقبال والكراهة تحريمية وفى فتح القدير ولو نسى فجلس

مستقبلا فذكر يستحب له الانحراف بقدر ما يمكنه و يكره ان يمد رجليه فى النوم وغيره نحو القبلة او المصحف او كتب الفقه الا ان يكون على مكان مرتفع عن المحاذاة وفى النهاية و يكره للمرأة ان تمسك ولدها نحو القبلة ليبوله وكذا استقبال شمس وقمر للبول والغائط لانهما من آيات الله الباهرة (واو فى الخلاء) وهو بالمد بيت التغوط واما بالقصر فهو النبت لان الدليل لم يفرق خلافا للشافعى وكذا يكره التغوط والتبول فى ماء ولو كان جاريا وعلى طرف نهر او بئر او حوض او عين او تحت شجرة مثمرة او فى زرع او ظل او بجنب مسجد او مصلى عيد او فى المقابر او بين دواب او فى طريق او مهب ريح او جحر فارة او حية او نملة وكذا كره الكلام عليهما والبول قائما او مضطجعا او متجردا من ثوبه بلا عذر او فى موضع يتوضأ و يغتسل فيه ولا يقرأ القرآن ولا يدخل فيه وفى كمه مصحف الا اذا اضطر كما فى المنية و يجب الاستبراء والتنحنح وقيل يكفى بمسح الذكر واجتذابه ثلاث مرات والصحيح ان طباع الناس وعاداتهم مختلفة فمن فى قلبه انه صار طاهرا جاز ان يستنجى لان كل احد اعلم بحاله والله تعالى اعلم

﴿ كتاب الصلوة ﴾

لما فرغ من الطهارة شرع فى الصلوة لانها المقصود وقدم الاوقات لانها الاسباب وهى متقدمة على المسببات كذا فى غاية البيان قال صاحب الفرائد نقلا عن قاضى زاده ولقائل ان يقول كون الاسباب متقدمة على المسببات انما يقتضى تقديم الاوقات على نفس الصلوة التى بينت فى باب صفة الصلوة لا على شروط الصلوة التى ذكرت فى باب شروط الصلوة لان الشروط ايضا متقدمة على المشروطات وليست من مسببات اسباب المشروطات ولا يتم التقريب والاظهر ما ذكر فى العناية حيث قال وانما ابتدأ ببيان الوقت لانه سبب للوجود وشرط للاداء فكانت له جهتان فى التقديم انتهى لكن لا خفاء فى ان تقدم السبب على المسبب فى الوجود يقتضى تقدمه على شروطه التى لا يعتبر وجودها الا بعد وجود سبب مشروطها لتوقفها عليه شرعا فيتم التقريب وقال الزيلعى الصلوة فى اللغة الدعاء قال الله تعالى * وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم * اى ادع لهم وانما عدى بعلى باعتبار لفظ الصلوة وفى الشريعة عبارة عن الافعال المخصوصة المعهودة وفيها زيادة مع بقاء معنى اللغة فيكون تغييرا لا نقلا على ما قالوا من ان الفرق بين النقل والتغيير ان فى النقل لم يبق معنى الموضوع مرعيا وفى التغيير يكون باقيا لكن زيد عليه شئ آخر وفى الغاية الظاهر انها منقولة لوجودها بدونه فى الامى ولو قال فى الاخرس لكان اولى الى ههنا كلامه وقال صاحب الفرائد نقلا عنه ايضا لا نسلم انه لو ذكر الاخرس بدل الامى كان اولى فان للاخرس اشارات مقبولة معهودة عند الشرع فى اكثر الاحكام فله اشارة معهودة فى امر الدعاء ايضا فخرسه لا يستدعى وجود الصلوة الشرعى فيه بدون الدعاء بخلاف الامى فان جهله يستدعى وجودها فيه بدونه كما لا يخفى انتهى هذا ليس بسديد لان وجود الصلوة بدون الدعاء فى صلوة الاخرس اظهر فذكره اولى لان الامى يقدر على بعض الادعية دون الاخرس ولهذا لا تجوز امامة الاخرس اذا اقتدى به امى لان الامى يقدر على اتخاذ التحريمة دون الاخرس والصلوة لا تصح بدونها فى الاصل وقد سقط فى الاخرس للعذر ولا عذر فى حق الامى فبقيت تحريمة الامام شرطا فى حقه ولم توجد فصار كما لو انعدم شرط من سائر الشروط كذا فى المحيط قال صاحب العناية هى فريضة قائمة ثابتة عرف فرضيتها بالكتاب وهو قوله تعالى * واقيموا الصلوة * وقوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى * فان الآية الاولى تدل على فرضيتها والثانية على فرضيتها وعلى كونها خمسا لانه امر بحفظ جمع من الصلوات وعطف عليها الصلوات الوسطى واقل جمع يتصور معه وسطى هو الاربعة وبالسنة وهو قوله صلى الله تعالى عليه وسلم ان الله تعالى فرض على كل مسلم ومسلمة فى كل يوم وليلة خمس صلوات وهو من المشاهير وبالاجماع فقد اجمع الامة من لدن رسول الله صلى الله

تعالى عليه وسلم الى يومنا هذا على فرضيتها من غير نكير منكر ولا رد راد فمن انكر شرعيتها كفر بلا خلاف وقال صاحب الفرائد وفيه بحث لان دلالة قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى على كون الصلوات المفروضات خمسا غير ظاهرة لاحتمال ان يكون المراد بالوسطى الفضلى فعلى تقدير ان يكون المراد بالوسطى فى هذه الآية معنى الفضلى لا تكون الآية دالة على كون الصلوات المأمور بمحافظتها خمسا حتى تثبت به فرضية الخمس انتهى هذا ليس بشئ لان مجرد ذلك الاحتمال لا يقدح فى ظهور دلالة الكلام بصيغته على ما هو المعنى الحقيقى ولا محذور فيما اجرى النظم على اصله ولا قرينة تصرفه عنه ولئن سلم ان هذا اللفظ متعارف فى المعنى المجازى بوجود القرينة لكن الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عند الامام لان المستعار لا يزاحم الاصل فتكون الآية قطعية الدلالة لا محالة فليتأمل (وقت الفجر) اى وقت صلوة الصبح فالفجر مجاز مرسل فانه ضوء الصبح ثم سمى به الوقت كذا قال المطرزى بدأ به لانه لا خلاف فى اوله وآخره كذا فى اكثر الكتب وفيه كلام لان الخلاف واقع فيهما اولانه اول النهار اولان اول من صلاها آدم عليه السلام حين اهبط من الجنة وبدأ محمد رحمه الله فى الاصل بوقت الظهر لان جبرائيل عليه السلام فى بيان الاوقات بدأ به (من طلوع الفجر الثانى) اى الصادق (وهو البياض المعترض) اى المنتشر (فى الافق) يمنة ويسرة وهو المستضئ المسمى بالصبح الصادق لانه اصدق ظهورا واحترز به عن المستطيل وهو الذى يبدأ فى ناحية من السماء كذنب السرحان طولا ثم ينكتم فسمى فجرا كاذبا لانه يبدو نوره ثم يخفى ويعقبه الظلام ولا اعتبار به لقوله عليه الصلوة والسلام لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل انما المعتبر الفجر المستطير (الى طلوع الشمس) اى الى وقت طلوع شئ من جرم الشمس وفى النظم الى ان يرى الرائى موضع نبله لما روى ان جبرائيل عليه الصلوة والسلام ام برسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فيها حين طلوع الفجر فى اليوم الاول وفى اليوم الثانى حين اسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال فى آخر الحديث ما بين هذين الوقتين وقت لك ولامتك (ووقت الظهر من زوالها) اى زوال الشمس عن المحل الذى تم فيه ارتفاعها وتوجه الى الانحطاط ولا خلاف من المجتهدين وفى معرفة الزوال روايات اصحها كما فى المحيط ان تغرز خشبة مستوية فى الارض المستوية فادام ظلها على النقصان لم تزل فاذا وقفت بان لم تنقص ولم تزد فهو قيام الظهيرة لا تجوز فيه الصلوة فاذا اخذ الظل فى الزيادة فقد زالت عن الوقوف فخط على موضع الزيادة خطا فيكون من رأس الخط الى العود فئ الزوال وهذا اذا لم تكن الشمس فى سمت الرأس كما فى خط الاستواء ثم ان الفئ يختلف باختلاف الامكنة بحسب العروض والازمنة بحسب الفصول كما حقق فى موضعه فليراجع والفئ كالشئ وهو نسخ الشمس قال ابن ملك فى اضافة الفئ الى الزوال تسامح لانه اراد به فئ قبيل الزوال وفى الدرر واضافته الى الزوال لادنى ملابسة لحصوله عند الزوال فلا يعد تسامحا انتهى لكن يرد ان حقيقة الاضافة كمال الاختصاص مثل التمليك واستعمالها فى غيره هذا يكون امامجوزا ان لوحظت العلاقة والا يكون تسامحا والايسر منه ماروى عن محمد ان يقوم الرجل مستقبل القبلة فادامت الشمس على حاجبه الايسر فالشمس لم تزل واذا صارت على حاجبه الايمن علم انها قد زالت (الى ان يصير ظل كل شئ مثليه سوى فئ الزوال) وهو رواية محمد عن الامام وبه اخذ الامام (وقالا الى ان يصير مثلا) وهو رواية الحسن عن الامام وبه اخذ زفر والشافعى وروى اسد بن عمرو عن الامام اذا صار ظل كل شئ مثله سوى فئ الزوال خرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر حتى يصير ظل كل شئ مثليه فيكون بين وقت الظهر والعصر وقت مهمل قيل الافضل ان يصلى صلوة الظهر الى بلوغ الظل الى المثل ولا يشرع فى العصر الا بعد بلوغ الظل الى المثلين

ولايصلي قبله جمعا بين الروايات (و وقت العصر من انتهاء وقت الظهر) على اختلاف القولين (الى غروب الشمس) اى بجرمها بالكلية عن الافق الحسى لا الحقيقى فانه لايمكن تحقيقه الا للافراد وقال الحسن اذا اصفرت الشمس خرج وقت العصر واظن ان مراده خروج الوقت المختار والا يلزم ان يوجد وقت مهمل بينه وبين المغرب ولم يوجد فى الروايات (ووقت المغرب من غروبها الى مغيب الشفق وهو البياض الكائن فى الافق بعد الحمرة) لقوله عليه الصلوة والسلام وآخر وقتها اذا اسود الافق (وقالا هو الحمرة) وهو رواية اسد عن الامام لكن خلاف ظاهر الرواية عنه وبه اخذ الشافعى لقوله عليه الصلوة والسلام الشفق هو الحمرة وفى المبسوط قول الامام احوط وقولهما اوسع اى ارفق للناس (قيل وبه يفتى) قال ابن النجيم ان الصحيح المفتى به قول صاحب المذهب لا قول صاحبيه واستفيد منه انه لايفتى ولايعمل الا بقول الامام ولايعدل عنه الى قولهما الا لموجب من ضعف او ضرورة تعامل واستفيد منه ايضا ان بعض المشايخ وان قال الفتوى على قولهما وكان دليل الامام واضحا ومذهبه ثابتا لايلتفت الى فتواه فاذا ظهر لنا مذهب فى هذين الوقتين اى وقت العصر والعشاء وظهر ايضا دليله وصحته وانه اقوى من دليلهما اوجب علينا اتباعه والعمل به وهذا بحث طويل فليطلب من رسالته وقال بعض المشايخ ينبغى ان يؤخذ بقولهما فى الصيف وبقوله فى الشتاء (ووقت العشاء والوتر من انتهاء وقت المغرب) على اختلاف القولين (الى الفجر الثانى) اى الصادق وللشافعى قولان فى قول حتى يمضى ثلث الليل وفى قول حتى يمضى النصف وكون وقتهما واحدا مذهب الامام وعندهما وقت الوتر بعد صلوة العشاء وهذا الخلاف مبنى على ان الوتر فرض عنده وسنة عندهما (ولايقدم الوتر عليها للترتيب) اى ولايقدم الوتر على صلوة العشاء لوجوب الترتيب بينهما لانهما فرضان عنده وان كان احدهما اعتقادا والآخر عملا وفائدة الخلاف تظهر فى موضعين احدهما انه لو صلى الوتر قبل العشاء ناسيا او صلاهما فظهر فساد العشاء لا الوتر فانه يصح ويعيد العشاء وحدها عنده لان الترتيب يسقط بمثل هذا العذر وعندهما يعيد الوتر ايضا لانه تابع لها فلا يصح قبلها والثانى ان الترتيب واجب بينه وبين غيره من الفرائض حتى لاتجوز صلوة الفجر ما لم يصل الوتر عنده وعندهما تجوز اذ لا ترتيب بين الفرائض والسنن كذا فى الدرر (ومن لم يجد وقتيهما لايجبان عليه) قال الزيلعى من لم يجد وقت العشاء والوتر بان كان فى موضع يطلع الفجر فيه كما تغرب الشمس او قبل ان يغيب الشفق لم يجبا عليه وذكر المرغينانى ان برهان الدين الكبير افتى بان عليه صلوة العشاء ثم انه لاينوى القضاء فى الصحيح وفيه نظر لان الوجوب بدون السبب لايعقل وكذا اذا لم ينو القضاء يكون اداء ضرورة وهو فرض الوقت ولم يقل به احد انتهى وما ذكره واضح ولكن يمكن التوجيه بان انتفاء الدليل على الشئ لايستلزم انتفاءه لجواز دليل آخر وهو ان الله تعالى كتب على عبده كل يوم صلوات خمسا ولابد ان يصلى العشاء حتى يوجد الامتثال لامره تعالى ولاينوى القضاء لانه مشروط بدخول الوقت وعدم الاداء فيه ولم يوجد الوقت حتى ينوى القضاء تدبر (ويستحب الاسفار بالفجر) لقوله عليه الصلوة والسلام اسفروا بالفجر فانه اعظم اجرا قال المطرزى اسفر الصبح اذا اضاء ومنه اسفر بالصلاة اذا صلاها فى الاسفار والباء للتعدية واطلاقه يدل على ان البدأ والختم بالاسفار هو المستحب وهو ظاهر الرواية قال الطحاوى يبدأ بالتغليس ويختم بالاسفار ويجمع بينهما بتطويل القراءة والاسفار مستحب الا بمزدلفة والاسفار المستحب (بحيث يمكن اداؤه بترتيل اربعين آية او اكثر) سوى الفاتحة (ثم ان ظهر فساد الطهارة يمكنه الوضوء او الغسل ولو قال يمكنه الطهارة لكان اشمل (واعادته على الوجه المذكور) هذا هو المختار وقيل حده ان لايقع به شك فى طلوع الشمس واعتبر الشافعى التغليس والمراد منه السواد المخلوط بالبياض

قبل الاسفار وفي المبتغى الافضل للمرأة في الفجر الغلس وفي غيره الانتظار الى فراغ الرجال عن
الجماعة (و) يستحب (الابراد بظهر الصيف) لقوله عليه الصلوة والسلام ابردوا بالظهر فان
شدة الحر من فيح جهنم ❊ اى من شدة حرها وقال صاحب البحر اطلقه فافاد انه لافرق بين
ان يصلي بجماعة اولا ولابين كونه في بلاد حارة اولا ولابين كونه في شدة الحر اولا ولهذا قال
في المجمع ونفضل الابراد بالظهر مطلقا فما في السراج الوهاج من انه انما يستحب الابراد ثلاثة
شروط فيه نظر بل هو مذهب الشافعي والجمعة كالظهر اصلا واستحبابا في الزمانين (و)
يستحب (تأخير العصر مالم تتغير الشمس) في كل زمان لانه عليه الصلوة والسلام كان يأمر
بتأخير العصر لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعد الاداء والعبرة لتغير القرص حيث لاتحار
فيه الاعين على الصحيح لالتغير الضوء لان ذا يحصل بعد الزوال (و) يستحب تأخير (العشاء
الى ثلث الليل) وفي رواية الى ماقبل ثلث الليل ووفق بينهما بان التأخير الى الثلث في الشتاء
لطول ليله والى ماقبل الثلث في الصيف لقصر ليله لئلا يفضي الى تفويت فرض الصبح عن وقته
وفي القنية تأخير العشاء الى مازاد على نصف الليل والعصر الى وقت اصفرار الشمس والمغرب
الى اشتباك النجوم يكره كراهة التحريم ويكره النوم قبل صلوة العشاء والتكلم بكلام الدنيا بعد
ان صلى العشاء الا اذا كان لمذاكرة الفقه ونحوه اولامر مهم (و) يستحب تأخير (الوتر الى آخره)
اى آخر الليل (لمن يثق بالانتباه والا فقبل النوم) اى وان لم يثق به اوتر قبل النوم لقوله عليه الصلاة
والسلام من خاف ان لايقوم آخر الليل فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم آخره فليوتر آخره (و)
يستحب (تعجيل ظهر الشتاء) اى اداؤه في اول الوقت لرواية انس رضي الله تعالى عنه انه قال كان
رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها
وفي البحر ولم ار من تكلم على صلوة الظهر في الربيع والخريف والذي يظهر ان الربيع ملحق
بالشتاء والخريف بالصيف انتهى وفيه كلام فليتأمل (و) يستحب تعجيل (المغرب) في الفصول
كلها لقوله عليه الصلاة والسلام بادروا بالمغرب قبل اشتباك النجوم اى كثرتها (و) يستحب
(تعجيل العصر والعشاء يوم الغيم) لان في تأخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه وفي تأخير
العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر (و) يستحب في يوم الغيم (تأخير غيرهما) وهو الفجر والظهر
والمغرب لان الفجر والظهر لاكراهة في وقتهما فلايضر التأخير والمغرب يخاف وقوعها قبل الغروب
لشدة الالتباس وفي التحفة وكل صلوة في اول اسمها عين يعجل ومالم يكن في اول اسمها عين يؤخر
(ومنع عن الصلوة) في الاوقات التي سيذكر لحديث عقبة رضي الله عنه وهو في ثلاثة اوقات نهانا النبي
صلى الله تعالى عليه وسلم ان نصلي وان نقبر فيها موتانا والمراد بقوله بان نقبر صلوة الجنازة
(عند طلوع الشمس) حتى ترتفع (و) عند (استوائها) حتى تزول (وحين تغيب) اى تقبل الغروب
حتى تغرب فرضا كانت اونفلا كذا في اكثر الكتب وقال الاسبيجابي ولو صلى التطوع
في هذه الاوقات جاز مع الكراهة انتهى لكن يمكن توجيه كلام المصنف على هذا بان يراد من
الصلوة انواعها الكاملة وهي الفرائض والواجبات والمنذورات دون جنسها لان المطلق ينصرف
الى الكامل حتى لو صلى النوافل في هذه الاوقات الثلاثة جازت لانه اداها ناقصة كما وجبت لان
النافلة تجب بالشروع وشروعه حصل في الوقت المكروه فيتأدى بصفة النقصان كما وجبت
ناقصة وقال الكرخي والافضل له ان يقطعها ويقضيها في الوقت المباح وقال الشافعي يجوز
الفرض في هذه الاوقات في جميع البلدان ويجوز النفل بمكة بلا كراهة (وسجدة التلاوة) التي
وجبت قبلها واما اذا وجبت بالتلاوة في هذه الاوقات جاز اداؤها من غير كراهة لكن الافضل
تأخيرها ليؤديها في الوقت الصحيح وفي القنية لايكره سجدة الشكر وفي المحيط وسجدة السهو

كسجدة التلاوة حتى او دخل وقت الكراهة بعد السلام وعليه سهو فانه لا يسجد للسهو ويسقط عن ذمته انتهى ولهذا لو اطلق المصنف السجدة واستثنى سجدة الشكر لكان احسن (وصلوة الجنازة) التى حضرت فى غير هذه الاوقات لانها حضرت فيها جازت من غير كراهة كذا فى اكثر الكتب وفى التحفة وغيرها واما لو تلا آية السجدة فى وقت مكروه وسجدها او حضرت جنازة فيها وصلاها تجوز مع الكراهة انتهى هذا مخالف لما ذكرناه فى المسئلتين الا ان يحمل على الروايتين (عند الطلوع) اى ظهور شئ من جرم الشمس من الافق وذكر فى الاصل ما لم ترتفع الشمس قدر الرمح فهى فى حكم الطلوع وقيل ان الانسان ما دام يقدر على النظر فى قرص الشمس فى الطلوع فلا تحل الصلوة (والاستواء) اى وقت وقوف الشمس فى نصف النهار (والغروب) اى عند افول الشمس الى ان يغيب جرمها وقيل من وقت التغير الى ان يغيب جرمها (الا عصر يومه) والاستثناء متصل على تقدير ارادة مطلق الصلوة وكذا على ارادة نوع الفرائض لان فرض العصر منه وانما جاز عصر يومه لانه اداها كما وجبت لان سبب الوجوب الجزء القائم من الوقت اى الذى يليه الشروع اذ لا يمكن ان يكون كل الوقت سببا لانه لو كان كله سببا لوقع الاداء بعده لوجوب تقدم السبب بجميع اجزائه على المسبب فلا يكون اداء ولا دليل يدل على قدر معين منه فوجب ان يجعل بعض منه سببا واقل ما يصلح لذلك الجزء الذى لا يتجزى والجزء السابق لعدم ما يزاحمه اولى فان اتصل به الاداء تعين لحصول المقصود وهو الاداء وان لم يتصل به ينتقل الى الجزء الذى يليه ثم وثم الى ان يتضيق الوقت ولم يتقرر على الجزء الماضى لانه لو تقرر عليه كانت الصلوة فى آخر الوقت قضاء وليس كذلك فكان الجزء الذى يليه الاداء هو السبب او الجزء المضيق او كل الوقت ان لم يقع الاداء فى جزء منه لان الانتقال من الكل الى الجزء كان لضرورة وقوع الاداء خارج الوقت على تقدير سببية الكل وقد زالت فيعود كل الوقت سببا ثم الجزء الذى يتغير سببا تتغير صفته من الصحة والفساد فان كان صحيحا فلا يتأدى بصفة النقصان وان كان ناقصا يجوز ان يتأدى بصفة النقصان وفيه يعتبر حال المكلف اسلاما وعقلا وبلوغا وطهرا وحيضا وسفرا واقامة اذا تقرر هذا نقول ان لم يتصل الاداء بالجزء الاخير فى العصر وانتقلت السببية الى كل الوقت وجب كاملا فلا يتأدى بصفة النقصان حتى لو اراد ان يقضى عصر امسه بعد الاصفرار لا يجوز بخلاف عصر يومه كذا فى المطلب (و) منع (عن التنفل وركعتى الطواف بعد صلوة الفجر والعصر) لما ثبت ان النبى عليه الصلوة والسلام نهى عن الصلوة فى هذين الوقتين (لا عن قضاء فائتة وسجدة تلاوة وصلوة جنازة) لان الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول لفرضه لا لمعنى فى الوقت والفرض التقديرى اقوى من النفل ثوابا فمنع ولم يمنع نحو قضاء الفرائض اذ الفرض الحقيقى اقوى من الفرض التقديرى (و) منع (عن التنفل) فقط (بعد طلوع الفجر) الصادق (باكثر من سنته) ظاهر العبارة يوهم جواز التنفل بمقدار سنته ما عدا ركعتى الفجر وليس كذلك بل المراد سنة الفجر فقط لا غير لما روى انه عليه الصلوة والسلام قال اذا طلع الفجر فلا تصلوا الا ركعتى الفجر وفى القنية عن الامام انه يصلى تحية المسجد بعد الصبح وما روينا حجة عليه فتدبر وفى التجنيس المتنفل اذا صلى ركعة فطلع الفجر كان الاتمام افضل لانه وقع فى صلوة التطوع بعد الفجر لا عن قصد (و) منع عن التنفل فقط بعد الغروب (قبل) صلوة (المغرب) لما فيه من تأخير المغرب (و) منع عن التنفل فقط (وقت الخطبة اياً كانت) سواء كانت فى الجمعة او العيد او الحج او غيرها اى لا يجوز الشروع فى صلوة النفل وقت الخروج اما لو شرع قبل خروج الامام للخطبة ثم خرج الامام فلا يقطعها بل يتمها ركعتين ان كانت نفلا وان كانت سنة الجمعة قيل يقطع على رأس الركعتين وقيل يتمها اربعا

وانما يمنع لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة (وقبل صلوة العيد) في المصلي وغيره وكذا بعدها في المصلي (و) منع (عن الجمع بين صلاتين في وقت) لعذر خلافا للشافعي فانه يجوز الجمع بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء بعذر المطر والمرض والسفر (الا بعرفة) فان الحاج يجمع بين الظهر والعصر في وقت الظهر (ومزدلفة) فانه يجمع بين المغرب والعشاء في وقت العشاء (ومن طهرت في وقت عصر او عشاء صلتهما فقط) خلافا للشافعي فانه يقول ان وقت العصر وقت للظهر ووقت العشاء وقت للمغرب لان وقت الظهر والعصر وقت واحد وكذا وقت المغرب والعشاء والاكثر عنده وجود الحدث في احد الوقتين في حق صاحب العذر كما في الاصلاح (ومن هو اهل فرض في آخر الوقت) بان بلغ او اسلم آخر الوقت او طهرت لاكثر الحيض او النفاس وقد بقي قدر التحريمة او طهرت لاقل من اكثره وقد بقي قدر التحريمة والغسل (يقضيه) اي ذلك الفرض فقط لا الفرض المقدم واحترز به عما قال الشافعي فان عنده اذا وجب العصر وجب الظهر ايضا كالعشائين (لا) تقضيه بالاجماع (من حاضت) او نفست او جن مثلا (فيه) اي في آخر الوقت عند عدم الاداء في الاول لان اعتبار السببية آخر الوقت وفي التاتارخانية ولو شرعت في صلوة التطوع او الصوم فحاضت تقضي وفي الفرض لا والله اعلم

﴿باب الاذان﴾ هو لغة الاعلام مطلقا وشرعا اعلام دخول وقت الصلوة بوجه مخصوص ويطلق على الالفاظ المخصوصة والترتيب بينهما مسنون فلو غير الترتيب كانت الاعادة افضل وسببه ابتداء اذان ملك ليلة الاسراء واقامته حين صلى النبي عليه الصلوة والسلام اماما بالملائكة وارواح الانبياء والاشهر ان السبب رؤيا من الصحابة في ليلة واحدة وهو مشهور وقيل نزول جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ولا منافاة بين هذه الاسباب لامكان ثبوته بمجموعها (سن) سنة مؤكدة هو الصحيح وقال بعض مشايخنا واجب وقال محمد لو ان اهل بلدة اجتمعوا على تركه وابو يوسف يحبسون ويضربون ولا يقاتلون (للفرائض) اي فرائض الرجال وهي الرواتب الخمس وقضائها والجمعة (دون غيرها) اي لا يسن للصلوة الجنازة والتطوع وصلوة العيدين والوتر وغيرها (ولا يؤذن للصلوة قبل دخول وقتها) لانه شرع للاعلام بالوقت وفي ذلك تضليل ولم يتعرض للاقامة لان منعها بالاولوية فانها بعد الاذان ولو اقام ولم يصل على الفور قالوا ان طال الفصل يعاد والا لا (ويعاد فيه لو فعل) اي لو اذن قبل الوقت يعاد في دخول الوقت (خلافا لابي يوسف في الفجر) فان عنده يجوز الاذان للفجر قبل وقته في النصف الاخير من الليل وهو قول الشافعي في رواية اخرى عنه في جميع الليل والحجة عليهما ما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام انه قال يا بلال لا تؤذن حتى يطلع الفجر (ويؤذن للفائتة) الواحدة (ويقيم) لما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام قضى الفجر باذان واقامة غداة ليلة التعريس وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة فقط (وكذا) يؤذن ويقيم (لاولى الفوائت وخير فيه للبواقي) ان شاء اذن واقام وان شاء اقام فقط هذا اذا كان في مجلس واحد واما في مجالس فانه يشترط كلاهما كما في المستصفى وفي التبيين ان كل فرض اداء او قضاء يؤذن له ويقيم سواء اداه منفردا او بجماعة الا الظهر يوم الجمعة في المصر فان اداءه باذان واقامة يكره (وكره تركهما) معا (للمسافر) ولو منفردا لقوله عليه الصلوة والسلام لابني ابي مليكة اذا سافرتما فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما سنا وانما قيدنا بقولنا معا لان تركا احدهما وهو اذان المنفرد لا يكره واما اذان الجماعة ففيه خلاف (لا) يكره تركهما معا (للمصلي في بيته في المصر) اذا وجد في مسجد المحلة لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في رواية يكفينا اذان الحي واقامته (وندبا) اي الاذان والاقامة معا (لهما) اي المسافر والمصلي في بيته وانما قيدنا بقولنا معا لدفع ما يتوهم ان قوله وندبا لهما يخالف ما قبله وهو قوله وكره تركهما لانه لا كراهة في ترك المندوب

فليتأمل (لاللنساء) لانهما من سنن الجماعة المستحبة (وصفة الاذان معروفة) لايحتاج الى ذكرها الاعند مالك يكبر فى اوله مرتين وهو رواية عن ابى يوسف (ويزاد بعد فلاح اذان الفجر الصلوة خير من النوم مرتين) روى عن الامام ان قوله الصلوة خير من النوم بعد الاذان لافيه لان ادخال كلمة اخرى بين كلمات الاذان لايليق (والاقامة مثله) اى مثل الاذان خلافا للشافعى فان الاقامة عنده فرادى فرادى الاقد قامت الصلوة (ويزاد بعد فلاحها قد قامت الصلوة مرتين) هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور (ويترسل فيه) اى يتمهل فى الاذان بان يفصل بين كلمتين ولايجمع بينهما فانه سنة كما فى شرح الطحاوى وفى القنية وينبغى ان يفصل قليلا والا فالاعادة (ويحدر فيها) اى يسرع فى الاقامة ويكون صوته فيها اخفض من صوته فى الاذان (ويكره الترجيع) الترجيع ليس من سنة الاذان عندنا خلافا للشافعى وهو ان يخفض صوته بالشهادتين ثم يرجع ويرفع صوته (و) يكره (التلحين) والمراد به التطريب يقال لحن فى قراءته اذاطرب بها اى يكره تغيير الكلمة عن وضعها بزيادة حرف اوحركة اومد اوغيرها سواء فى الاوائل اوالاواخر وكذا فى قراءة القرأن ولايحل الاستماع ولابد ان يقوم عن المجلس اذاقرئ باللحن واماتحسين الصوت لابأس به اذا كان من غيرتغن قيل لايحل سماع المؤذن اذالحن وقال شمس الائمة الحلوانى انمايكره فيما كان من الاذكار امافى قوله حى على الصلاح حى على الفلاح لابأس فيه بادخال مد ونحوه (ويستقبل بهما القبلة) لان الملك فعل كذا ولوترك جاز مع الكراهة (ويحول وجهه) لانه خطاب للقوم لاصدره (يمنة ويسرة عند حى على الصلوة وحى على الفلاح) وقال الحلوانى اذا اذن لنفسه لايحول والصحيح انه يحول فيواجههم به وكيفيته ان يكون الصلوة فى اليمين والفلاح فى الشمال وفيه اشارة الى انه ينبغى ان يجيب المستمع ويقول ماقال المؤذن الافى الحيعلتين والصلوة خير من النوم بل يقول فى الاول لاحول ولاقوة الابالله اوماشاءالله كان ومالم يشأ لم يكن وماقدرسيكون وفى الثانى صدقت وبالحق نطقت ومن الجواهر ان اجابة المؤذن سنة هكذا يجيب فى الاقامة ايضا الى ان ينتهى الى قوله قد قامت الصلوة فحينئذ يجيب بالفعل دون القول وقال بعضهم بالقول فيقول اقامها الله وادامها مادامت السموات والارض فاذافرغ المؤذن من الاذان يقول المستمع اللهم رب هذه الدعوة التامة والصلوة القائمة آت محمدا الوسيلة والفضيلة والدرجة الرفيعة والمقام المحمود الذى وعدته انك لاتخلف الميعاد ويقطع قراءة القرأن او بمنزله ويجيب ولو بمسجد لالانه اجاب بالحضور (ويستدير فى صومعته ان لم يقدر التحول واقفا) للاعلام لاتساع الصومعة قال صاحب الدرر ويلتفت فى الحيعلتين يمينا ويسارا ان امكن الاسماع بالثبات فى مكانه والاستدار فى صومعته يعنى اذا كان مأذنة بحيث لوحول وجهه مع ثبات قدميه لايحصل الاعلام استدار فيها فيخرج رأسه من الكوة اليمنى ويقول ماقاله ثم يذهب الى الكوة اليسرى فيفعل فيه مافعل وقال صاحب الفرائد ووقع فى كلام صاحب الوقاية ويستدير فى صومعته ان لم يمكن التحويل مع الثبات فى مكانه ثم فسره صدر الشريعة بقوله المراد انه ان كان المأذنة بحيث لوحول وجهه مع ثبات قدميه لايحصل الاعلام استدار فيها فيخرج رأسه من الكوة اليمنى ويقول ماقاله ثم يذهب الى الكوة اليسرى فيفعل فيه مافعل وقال صاحب الفرائد ووقع فى كلام صاحب الوقاية ويستدير فى صومعته ان لم يمكن التحويل مع الثبات فى مكانه ثم فسره صدر الشريعة بقوله المراد انه ان كان المأذنة بحيث لوحول وجهه مع ثبات قدميه لايحصل الاعلام فحينئذ يستدير فيها دفعا لمايرد على كلام صاحب الوقاية من انه كيف لايمكن التحويل فالمناسب تحويل التحويل الى الاعلام فيكون مراد صاحب الوقاية ان لم يكن التحويل المؤدى الى الاعلام مع الثبات فى مكانه لكنه بعيد ولهذا غير صاحب الاصلاح وقال ان لم يكن الاعلام انتهى هذا مسلم ان كان المراد الاعلام فقط بدون التحويل وليس كذلك لان التحويل صار سنة الاذان حتى قالوا فى الذى يؤذن للمولود ينبغى ان يحول وجهه يمنة ويسرة عندها تين الكلمتين فلايتم التقريب تدبر (ويجعل) المؤذن (اصبعيه فى) صماخ (اذنيه) لانه ابلغ فى الاعلام وجاز وضع يديه ايضا كما فى الدرر (ولايتكلم فى اثنائهما) اى فى اثناء الاذان والاقامة

اى تكلم حتى لو تكلم لا عاد لانه يخل بالتعظيم و يغير النظم (و يجلس بينهما) اى بين الاذان والاقامة بالاجماع لان وصل الاذان بالاقامة مكروه واما ماقدر بعض الفضلاء فى الفجر و غيره فغير لازم بل يفصل مقدار مايحضر اكثر القوم مع مراعاة الوقت المستحب (الا فى المغرب فيه فصل بسكتة) عند الامام فلا يسن الجلوس بل السكوت مقدار ثلاث آيات او مقدار ثلاث خطوات (وقالا) يفصل (بجلسة خفيفة) قدر جلوس الخطيب بين الخطبتين وقال الحلوانى الخلاف فى الافضلية حتى لو جلس جاز عند الامام (و استحسن المتأخرون التثويب فى كل الصلوات) هو الاعلام بعد الاعلام بحسب ماتعارفه اهل كل بلدة بين الاذانين وقال اصحابنا المتقدمون انه مكروه فى غير الفجر الا عند الشافعى فى القول الجديد يكره فى الفجر ايضا لكن جوزه ابو يوسف فى حق امراء زمانه لاشتغالهم بامور المسلمين ولا كذلك امراء زماننا فانهم غير مشغولين بها (و يؤذن و يقيم على طهر) لانه ذكر فيستحب فيه الطهارة كالقرأن كما فى الاختيار والمراد من الطهارة الطهارة من الحدث سواء كان الاصغر والاكبر لا الاكبر فقط كما توهم البعض (وجاز اذان المحدث) لحصول المقصود ولا يكره فى الصحيح وقيل يكره لانه يصير داعيا الى مالا يجيب بنفسه وداخلا تحت قوله تعالى ﴿اتأمرون الناس بالبر وتنسون انفسكم﴾ كما فى الفرائد وفيه كلام لان الوضوء للاذان مندوب كما تقرر آنفا فحينئذ ينبغى ان لا يكون تركه مكروها ولا نسلم عدم الاجابة لانه يمكن الوضوء بعده فيكون مجيبا حكما (وكره اقامته) وفى رواية لا يكره لان كلاهما ذكر كما فى الباقانى لكن انما كرهت الاقامة مع الحدث لانه لا يمكنه الشروع فى الصلوة متصلا لا باعتبار انه ذكر ولا كذلك الاذان كما فى المستصفى (و) كره (اذان الجنب) لان له شبها بالصلوة حتى اشترط له دخول الوقت واستقبال القبلة والشروع بالتكبير و الترتيب فاشترط له الطهارة عن اغلظ الحدثين دون اخفهما عملا بالشبهين (و يعاد) اذانه لان تكرره مشروع فى الجملة كما فى الجمعة الا فى رواية (كاذان المرأة والمجنون و السكران) فان اذان هؤلاء يعاد كما فى الخلاصة لان المرأة ان رفعت صوتها فقد باشرت منكرا لان صوتها عورة وان لم ترفع فقد اخلت بالاعلام فيعاد اذانها ندبا والمجنون والسكران لا يعلمان ما يقولان كما فى الفرائد وفيه كلام لان صوتها مطلقا ليس بعورة والا يلزم ان يكره تكلمها مع الاجنبى وليس كذلك بل يكره رفع صوتها ندبا (ولا تعاد الاقامة) لعدم مشروعية تكريرها (ويستحب كون المؤذن عالما بالسنة والاوقات) لان الاذان سنة وآدابا فلا بد من العلم بها لينال الثواب الذى وعد للمؤذنين (وكره اذان الفاسق) لعدم الاعتماد ولكن لا يعاد (والصبى) لانه داع الى الصلوة والصبى ليس باهل لها حتى يدعو غيره فيعاد (والقاعد) لترك سنة الاذان من القيام ولان القائم ابلغ ولا بأس بان يؤذن لنفسه قاعدا مراعيا لسنة الاذان (لا) يكره (اذان العبد والاعمى والاعرابى وولد الزنا) لحصول المقصود وهو الاعلام (واذا قال) المؤذن فى الاقامة (حى على الصلوة قام الامام والجماعة) عند علمائنا الثلاثة للاجابة وقال الحسن وزفر اذا قال قد قامت قاموا الى الصف واذا قال مرة ثانية كبروا والصحيح قول علمائنا الثلاثة وفى الوقاية و يقوم الامام والقوم عند حى على الصلوة اى قبيله (واذا قال قد قامت الصلوة شرعوا) وفى الوقاية عند قد قامت الصلوة اى قبيله وفى الاصل بعده والاول قول الطرفين والثانى قول ابى يوسف والخلاف فى الافضلية والصحيح الاول كما فى المحيط والاصح الثانى كما فى القهستانى (وان كان الامام غائبا وهو المؤذن لا يقومون حتى يحضر) لانه لا فائدة فى القيام وفى القهستانى نقلا عن المحيط او كان الامام مؤذنا لم يقم القوم الا عند الفراغ انتهى فعلى هذا يقتضى ان يكون ضمير هو راجعا الى الامام

﴿باب شروط الصلوة﴾ جمع شرط بالتسكين والشرط لغة فى معناه وجمعها شرائط والشرط بالتحريك العلامة والجمع اشراط ومنه اشراط الساعة اى علاماتها و لمسائل

فى كلام الفقهاء الشروط لا الاشراط وانما قدم شرط الصلوة لان شرط الشئ مايتوقف
وجود ذلك الشئ عليه سواء كان فى العلة اوفى الحكم فان علة وجوب الصلوة كما تتوقف على
شرائطها من العقل والبلوغ فكذلك الصلوة وهى الحكم يتوقف على وجود شرائطها من
الطهارة والاستقبال وغيرها فالمشروط يضاف الى شرطه وجودا عنده والمعلول يضاف
الى علته وجوبا والفرق بين الركن والشرط ان الركن داخل فى الماهية والشرط خارجها ويفترقان
افتراق العام والخاص فكل ركن شرط ولاينعكس بمعنى انه يلزم من وجود العام عدم وجود الخاص
والاعم والاخص على العكس فانه لايلزم من وجود الاعم وجود الاخص ويلزم من عدم الاعم
عدم الاخص ثم قدم الطهارة على سائر الشروط لانها اهم من غيرها اذلاتسقط بحال بخلاف
غيرها ثم قدم الوقت لانه كما هو شرط فهو علة الوجوب ايضا فكان لها مزيادة قوة على سائر الشروط
كذافى شرح المجمع وفى الدرر لم يقل التى تتقدمها لان من قاله جعله صفة كاشفة لاممیزة اذ ليس
من الشروط مالايكون مقدما حتى يكون احترازا عنه وقال بعض الفضلاء لابد من هذا القيد
احترازا عن الشروط التى لاتتقدمها بل يقارنها او يتأخر عنها وهى التى تذكر فى باب صفة الصلوة
كالتحريمة والترتيب والخروج بصنعه والمراد شرط الصحة لاشرط الوجود ولذلك صح تنوعه الى
النوعين المذكورين انتهى وفيه كلام لانه قال ابن الهمام وشرط الخروج والبقاء على الصحة ليسا
بشرطين للصلوة بل لامر آخر وهو الخروج والبقاء وانما يسوغ ان يقال شرط الصلوة نوعا من التجوز
اطلاقا لاسم الكل على الجزء وعلى الوصف المجاور تأمل فانه من مزالق الاقدام (هى طهارة بدن
المصلى من حدث) اصغر او اكبر لقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ولآية الوضوء (وخبث)
لقوله عليه الصلوة والسلام استنزهوا عن البول الحديث وقدم الحدث على الخبث لقوته لان قليله
مانع بخلاف قليل الخبث قال الباقانى وفيه نظر عندى لان القطرة من الخمر ونحوه ينجس البئر والمحدث
او الجنب اذا ادخل يده فى الاناء لاينجس والاولى ان يقال ليس فيه تقديم لان الواو لمطلق الجمع انتهى
وفيه كلام لان التقديم الصورى يقتضى وجها فيلزم بيانه وان كان الواو لمطلق الجمع واما قياس
تنجس البئر والماء بالنجاسة القليلة فليس بمحله لان نحن مافيه طهارة بدن المصلى فلا مدخل فى تنجسهما
(ومكانه وثوبه) من خبث لقوله تعالى وثيابك فطهر والمكان بمعناه وانما قيدنا بقولنا من خبث
لان ظاهر عبارته يوهم طهارتهما عن الحدث ايضا وليس كذلك ولم يقيد المصنف اعتمادا على
ظهوره (وستر عورته) لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اى ماتوارى عورتكم لان اخذ
الزينة عنها لايمكن فيكون المراد محلها اطلاقا لاسم الحال على المحل واريد بالمسجد الصلوة
اطلاقا لاسم المحل على الحال فان قيل الآية وردت فى شان الطواف لافى حق الصلوة كذا روى
عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قلنا العبرة لعموم اللفظ لالخصوص السبب وهنا عموم فى اللفظ
لانه قال عند كل مسجد فقد امر باخذ الزينة عند كل مسجد وهذا ممايمنع القصر على المسجد
الحرام كذافى شروح الهداية قال صاحب الفرائد كلامهم يوهم كون المسجد على حقيقته وقد
قالوا قبيله فيه اطلاق اسم المحل على الحال لانه يكون المعنى الحقيقى متروكا بالكلية فى الاستعارة انتهى
وفيه كلام لانه لانسلم الايهام لان السائل والمجيب يسلمان كون المسجد هنا مجازا من قبيل ذكر المحل
وارادة الحال الا ان السائل يخصص المسجد بالمسجد الحرام ويريد الطواف والمجيب يعمم ويريد الصلوة
ايضا على انه مجاز مرسل لااستعارة لانها لابد لها من التشبيه تدبر ثم ان ستر العورة عن الغير شرط
بلاخلاف واما الستر عن نفسه ففيه خلاف المشايخ فقال بعضهم عن نفسه ايضا حتى لوصلى فى قميص
يرى عورته من الجيب لايجوز عندهم وعامتهم على خلافه والافضل ان يصلى فى ثوبين حتى يحصل
الستر التام وبعض الفقهاء قالوا المستحب ان يصلى فى ثلثة اثواب قميص وازر وعمامة (واستقبال القبلة)

عند القدرة وليس السين للطلب لان المقصود بالذات المقابلة لاطلبها والقبلة فى الاصل الحالة التى يقابل الشئ عليها كالجلسة للحالة التى يجلس عليها وسميت بذلك لان الناس يقابلونها فى صلوتهم وتقابلهم وهى شرط لقوله تعالى * فولوا وجوهكم شطره * ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال * فلنولينك قبلة ترضيها * ثم امر بالتوجه الى شطر المسجد الحرام ومضى على ذلك الصحابة والتابعون فكان اجماعا على ذلك (والنية) اى نية الصلوة لاالكعبة فانها لاتشترط على الصحيح لقوله تعالى * وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين * ولقوله عليه الصلوة والسلام انما الاعمال بالنيات اى حكم الاعمال وثوابها ملصق بها ثم اشار الى تفصيل ما يحتاج اليه منها فقال (وعورة الرجل من تحت سرته الى) تحت (ركبتيه) فالسرة ليست من العورة خلافا للشافعى بخلاف الركبة وقال الشافعى الركبة ليست من العورة كما فى اكثر الكتب وفى التبيين الركبة عورة عند الشافعى وقال زفر كلاهما من العورة وفى المبسوط نقلا عن ابى عصمة المروزى ان السرة احدى حد العورة فتكون من العورة بل اولى لانها فى معنى الاشتهاء فوق الركبة وقال مالك واحمد العورة القبل والدبر فقط فالحجة عليهم قوله عليه الصلوة والسلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبتيه ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبتيه وكلمة الى بمعنى مع عملا بكلمة حتى (و) عورة (الامة) قنا كانت او مدبرة او ام ولد او مكاتبة وكذا المستسعاة عند الامام (مثله) اى مثل الرجل فى كون ما دون سرتها الى ركبتيها عورة (مع زيادة بطنها وظهرها) لانه موضع مشتهى فاشبه ما بين السرة والركبة وعن محمد بن مقاتل انها كالرجل (وجميع بدن الحرة عورة الا وجهها وكفيها) لقوله عليه الصلوة والسلام بدن الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها والكف من الرسغ الى الاصابع وانما عبر بالكف دون اليد للاشارة الى ان ظهره عورة لان الكف عند الاطلاق البطن لا الظهر وفى البحر ان ظاهر الكف وباطنه ليس بعورة وفى المنتقى تمنع الشابة عن كشف وجهها لئلا يؤدى الى الفتنة وفى زماننا المنع واجب بل فرض لغلبة الفساد وعن عائشة رضى الله تعالى عنها جميع بدن الحرة عورة الا احدى عينيها فحسب لاندفاع الضرورة (وقدميها فى رواية) اى فى رواية الحسن عن الامام وهى الاصح لان المرأة مبتلاة بابداء قدميها فى مشيها اذ ربما لا تجد الخف وفى رواية انها عورة وفى الاختيار انها ليست بعورة فى الصلوة وعورة خارج الصلوة ولو انكشف ذراعها جازت صلوتها لانها تحتاج الى كشفه فى الخدمة وستره افضل (وكشف ربع عضو هو عورة) من الرجل والمرأة غليظة او خفيفة والعورة الغليظة قبل ودبر وما حولهما والخفيفة ما عدا ذلك (يمنع) صحة الصلوة عند الطرفين وهو الصحيح لان للربع حكم الكل واعلم ان انكشاف ما دون الربع عفو اذا كان فى عضو واحد وان كان فى عضوين او اكثر وجمع وبلغ ربع ادنى عضو منها يمنع كما لو انكشف شئ عن شعرها وبعض عن فخذها وبعض عن اذنها لو جمع بلغ ربع الاذن يكون مانعا كما فى شرح الزيادات (كالبطن والفخذ) فانه عضو تام بنفسه عند بعض المشايخ او مع الركبة عند بعض (والساق) من اسفل الركبة الى اعلى الكعب (وشعرها النازل) من الرأس وانما قيد بالنازل احترازا عما قيل المراد من الشعر ما على الرأس فانه عورة كرأسها واما النازل فليس فى حكم الرأس فلا يكون عورة (وذكره بمفرده والانثيين وحدهما) وهو الصحيح كما فى الدراية وانما قيده بمفرده والانثيين بوحدهما احترازا عما قيل انه عضو واحد مع الخصيتين (وحلقة الدبر بمفردها) احترز به عما قيل الدبر عضو مع الاليتين (وعند ابى يوسف انما يمنع) صحة الصلوة (انكشاف الاكثر) اى اكثر العضو (وفى النصف عنه روايتان) فى رواية يمنع وفى اخرى لا وعند الشافعى واحمد كشف شئ منها يمنع الصلوة ولو كان قليلا واعلم ان الانكشاف الكثير فى الزمن القليل لا يمنع حتى لو انكشف كلها وغطاها فى الحال لا تفسد صلوته والفاصل مقدر

بما يؤدى فيه الركن (وعادم مايزيل به النجاسة) الحقيقية عن ثوبه حقيقة اوحكما بان يجد المزيل لكنه لم يقدر على استعماله لمانع كالعطش والعدو (يصلى معها) اى مع النجاسة وان كان اكثر من قدر الدرهم (ولايعيد) الصلوة اذا وجد المزيل وان بقى الوقت لانه فعل مافى وسعه هذا فى حق المسافر لان للمقيم اشتراط مايستر به العورة وان لم يملكه كما فى القهستانى (ولو وجد ثوبا ربعه طاهر وصلى عاريا لايجزيه) لان ربع الشئ يقوم مقام كله فيجعل كان كله طاهر فى موضع الضرورة فتفرض عليه الصلوة فيه (وفى اقل من ربعه يخير) بين ان يصلى عريانا وبين ان يصلى فيه وحكم ما كله نجس كحكم ما اقل من ربعه طاهر كما فى عامة المعتبرات وعلى هذا لوقال المصنف وفى ما كله نجس يخير لكان اولى لانه يعرف به حكم الاقل بخلاف ماقاله المصنف فانه غير واف كما لايخفى (والافضل الصلوة به) اى بالثوب لان فرض الستر عام لايختص بالصلوة وفرض الطهارة مختص بها (وعند محمد يلزم) الصلوة فيه لان فيها ترك فرض واحد والصلوة عريانا ترك فروض وهو احد قولى الشافعى (وان لم يجد مايستر عورته فصلى قائما بركوع وسجود جاز) وفى الهداية ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومى بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فان صلى قائما اجزأه لان فى القعود ستر العورة الغليظة وفى القيام اداء هذه الاركان فيميل الى ايهما شاء وفى ملتقى البحار ان شاء صلى عريانا بالركوع والسجود او موميا بها اما قاعدا او قائما قال الزيلعى وهذا نص على جواز الايماء قائما انتهى هذا مخالف لما فى الهداية وغيرها تدبر (والافضل ان يصلى قاعدا بايماء) لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس والركوع والسجود لم يجبا الا لحق الصلوة وكيفية القعود ان يقعد مادا رجليه الى القبلة ليكون استر هذا كله اذا لم يجد قدر مايستر به العورة من الحشيش والنبات فان وجد وجب الستر وعن الحسن المروزى انه اذا وجد طينا يلطخ عورته وفى المبسوط والعراة يصلون وحدانا متباعدين يومون ايماء وان صلوا بجماعة يتوسطهم الامام والافضل انهم يصلون فرادى وقال بعض المشايخ والعارى يصلى قائما فى ظلمة الليل لان ظلمتها تستر عورته وفى الذخيرة وهذا ليس بمرضى لان الستر الذى يحصل فى ظلمة لاعبرة به انتهى هذا مسلم فى حالة الاختيار اما فى حالة الاضطرار فيكتفى بها (وقبلة من بمكة عين الكعبة) للقدرة على التعيين واطلاقه شامل ما كان بمعاينتها ومالم يكن حتى لو صلى مكى فى بيته ينبغى ان يصلى بحيث لو ازيلت الجدار ان يقع استقباله على عين الكعبة كما فى الكافى وفى الدراية من كان بينه وبين الكعبة حائل الاصح انه كالغائب ولو كان الحائل اصليا كالجبل كان له ان يجتهد والاولى ان يصعده ليصلى على التعيين وفى الفتح ان فى جواز التحرى مع امكان صعوده اشكالا لان المصير الى الدليل الظنى وترك القاطع مع امكانه لايجوز (و) قبلة (من بعد جهتها) هى الجانب الذى اذا توجه اليه الانسان يكون مسامتا للكعبة او لهوائها تحقيقا او تقريبا ومعنى التحقيق انه لو فرض خط من جبينه على زاوية قائمة الى الافق يكون مارا على الكعبة او هوائها ومعنى التقريب ان يكون ذلك منحرفا عنها او عن هوائها انحرافا لايزول به المقابلة بالكلية ثم ان مكة لما بعدت عن ديارنا بعدا مفرطا يتحقق المقابلة اليها فى مسافة بعيدة على نسق واحد فانا لو فرضنا خطا من جبين من استقبل القبلة على التحقيق فى ديارنا ثم فرضنا خطا آخر يقطع ذلك الخط على زاويتين قائمتين من يمين المستقبل وشماله لاتزول تلك المقابلة والتوجه بالانتقال الى اليمين والشمال على الخط الثانى بفراسخ كثيرة فلذلك وضع العلماء القبلة فى البلاد المتقاربة على سمت واحد وقال الجرجانى يجب على الافاقى استقبال عينها ايضا وفائدة الخلاف تظهر فى اشتراط نية عين الكعبة فعنده تشترط وعند غيره لا وبعض المشايخ يقول ان كان يصلى فى المحراب لاتشترط وان كان فى الصحراء تشترط والمختار

انها لاتشترط وفي النظم ان الكعبة قبلة لمن في المسجد الحرام وهو قبلة لمن في مكة ومكة لمن في الحرم والحرم قبلة العالم وقال بعض العارفين قبلة البشر الكعبة وقبلة اهل السماء البيت المعمور وقبلة الكروبيين الكرسي وقبلة حملة العرش العرش ومطلوب الكل وجه الله تعالى (فان جهلها) اي جهة القبلة (ولم يجد من يسأله عنها) من اهل المكان وهو يعلم جهة القبلة واما اذا كان لا يعلم فهو والمتحري سواء كما في اكثر الكتب فعلى هذا لو قال من يعلمها المكان اولى لكان اولى تدبر وانما قيدنا من اهل المكان لانه لو كان مسافرا لا يلتفت الى قوله لان المجتهد لا يقلد مجتهدا آخر (تحرى وصلى) والتحري طلب احرى الامرين وفي الخلاصة اذا لم يسأله وتحرى وصلى فان اصاب القبلة جاز والافلا ولو سأله ولم يخبره وتحرى وصلى ثم اخبره بانه لم يصب لا اعادة عليه ولو اقتدى الآخر بتحري الاول لا يجوز ولا يجوز الاقتداء اذا تحريا مختلفا وفي التحفة لو كان يعرف الاستدلال بالنجوم على القبلة لا يجوز له التحري لانه فوقه ولو كان في مفازة واخبره رجلان الى جانب آخر اخذ بقولهما ان كانا من اهل ذلك الموضع والالا وكذا ان اخبره مسلم واحد عدل لان استقبال القبلة من الديانات فيقبل قول الواحد العدل وفي الظهيرية رجل صلى بالتحري الى جهة في المفازة والسماء مصحية لكنه لا يعرف النجوم فتبين انه اخطأ القبلة هل يجوز قال ظهير الدين المرغيناني يجوز وقال غيره لا لانه لا عذر لاحد في الجهل بالادلة الظاهرة المعتادة نحو الشمس والقمر وغير ذلك اما دقايق علم الهيئة وصور النجوم الثوابت فهو معذور في الجهل بها وذكر في الخانية انه اذا اشتبه على المصلي استواء القبلة فالتيامن اولى من التياسر (فان علم بخطائه بعدها) اي بعد الصلوة (لا يعيد) لانه اتى بالواجب في حقه وهو الصلوة الى جهة تحريه وعند الشافعي تلزمه الاعادة اذا كان مستدبر الكعبة (وان علم به) اي بالخطاء (فيها) اي في الصلوة (استدار وبنى) لان اهل قباء لما سمعوا بتحويل القبلة استداروا كهيئتهم واستحسنه النبي عليه الصلوة والسلام وقال صاحب الفرائد بين ما نحن فيه وبين قصة اهل قباء فرق جلي فاني يستدل بها عليه لكن هذا الاستدلال ظاهر لا خفي وعدم فهم هذا القائل جلي يظهر للمتأمل بادنى التأمل (وكذا الحكم ان تحول رأيه) الى جهة اخرى فيها يتوجه اليها لان العمل بالاجتهاد واجب اذا لم يوجد دليل اقوى ولان دليل الاجتهاد بمنزلة دليل النسخ وان النسخ يظهر في المستقبل لا في الماضي فكذا الاجتهاد (وان شرع بلا تحر لا تجوز) صلوته عند الطرفين (وان) وصلية (اصاب) القبلة حتى روي عن الامام من صلى بدون الاجتهاد يكفر لاستخفافه بالدين (وعند ابي يوسف ان اصاب) القبلة (جازت) صلوته لانه لو قطع لم يستأنف الى غير هذه الجهة فلا يفيد ولهما ان بناء القوي على الضعيف فاسد وحاله بعد اقوى من حاله قبل وهذا في اثناء الصلوة واما اذا تبين بعد الفراغ فجائزة بالاتفاق لحصول المقصود (وان تحرى قوم جهات) في ليلة مظلمة اوما اشبهها (وجهلوا حال امامهم جازت صلوة من لم يتقدمه) الى اي جهة كانت لوجود التوجه الى جهة التحري وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة (بخلاف من تقدمه) فانه تفسد صلوته لتركه فرض المقام (او علم حاله وخالفه) فانه تفسد ايضا لاعتقاده ان امامه على الخطأ هذا في اثناء الصلوة واما بعد الاداء فلا يضر (وقبلة الخائف) من عدو او غيره (جهة قدرته) لتحقق عجزه عن الاستقبال ولو قال وقبلة نحو الخائف لكان اشمل لان المريض الذي لا يجد من يحوله الى القبلة والاسير اذا لم يقدر على الاستقبال جاز استقباله الى اي جهة قدر وهو عاجز لا خائف تدبر (ويصل قصد قلبه) وهو النية (الصلوة بتحريمتها) اي ويقصد المصلي صلوته متصلا ذلك القصد بتكبيرة الافتتاح فلا تجوز بنية متأخرة عنها لان اول جزء من القيام يخلو عن النية وقال الكرخي تصح النية مادام في الثناء وقيل تصح اذا تقدمت على الركوع وقيل الى الركوع وقيل الى القعود ولا يصح تقديم نية اقتدائه

على تحريمة الامام ويفرض ان تكون بعدها وقيل ينوى بعد قول الامام الله قبل قوله اكبر وقال عامة العلماء انه ينوى حين وقف الامام موقف الامامة وهذا اجود والاول هو الصحيح وجاز تقديم النية على التكبير ولو قبل دخول الوقت مالم يوجد قاطع النية من عمل غير لائق بصلوة كأكل وشرب وكلام لان هذه الافعال تبطل الصلوة فتبطل النية بخلاف المشى والوضوء فانه لا يقطعها وعن ابى يوسف لا يجوز تقديمها الا فى الصوم وفى البحر ان الاحوط ان ينوى مقارنا للتكبير ومخالطا له كما هو مذهب الشافعى وبه قال الطحاوى لكن عندنا هذا الاحتياط مستحب وليس بشرط وعند الشافعى شرط وبهذا التحقيق يظهر فساد اعتراض صاحب الفرائد على صاحب الاصلاح لان مراد صاحب الاصلاح بقوله وندب ان يصل الى آخره ان قرنت النية للتكبير فهو مندوب وان لم تقترن بل تقدم عليه فهو جائز لا ما فهم هذا الراد تدبر (وضم التلفظ الى القصد افضل) لما فيه من استحضار القلب لاجتماع العزيمة به قال محمد بن الحسن النية بالقلب فرض وذكرها باللسان سنة والجمع بينهما افضل وفى القنية انها بدعة الا اذا كان لا يمكنه اقامتها فى القلب الا باجرائها على اللسان فحينئذ تباح وكيفية التلفظ ان يقول اللهم انى اريد اداء صلوة ظهر اليوم او فرض الوقت مستقبل القبلة فيسرها لى وتقبلها منى وعلى هذا سائر العبادات والامام ينوى مثل المنفرد الا انه ينوى للنساء التى خلفه فانه لا تصح امامته لهن الا بالنية (ويكفى مطلق النية) بان يقول اللهم انى اريد الصلوة (للنفل) بالاتفاق لان مطلق اسم الصلوة ينصرف الى النفل لانه الادنى فهو متيقن (والسنة) المؤكدة (والتراويح فى الصحيح) كذا فى الهداية لانها نوافل فى الاصل فيكفى مطلق النية لكن صحح قاضيخان عدم جواز اداء السنن بنية الصلوة وبنية التطوع فقال لانها صلوة مخصوصة فتجب مراعاة الصفة للخروج عن العهدة وذلك بان ينوى السنة او متابعة النبى صلى الله تعالى عليه وسلم كما فى المكتوبة ولهذا الاحوط التصريح (وللفرض شرط تعيينه كالعصر مثلا) لاختلاف الفروض فلابد من التمييز ولو نوى ولم يقل ظهر الوقت لا يجزيه لانه ربما كان عليه ظهر آخر فلا يتعين ومنهم من يقول يجزيه لان مطلق النية ينصرف الى ظهر الوقت لانه اصلى والفائت عارضى والمطلق ينصرف الى الاصلى دون العارضى ولو نوى فرض الوقت يجوز الا فى الجمعة لان العلماء اختلفوا فى كونها فرض الوقت والاولى ان يقول ظهر اليوم لانه لو قال ظهر الوقت وكان خارجا وهو لا يعلمه لا يجزيه بخلاف ظهر اليوم (والمقتدى ينوى المتابعة ايضا) بان يقول اللهم انى اريد عصر اليوم مقتديا بهذا الامام او بمن هو امامى ولو اقتدى بالامام ولم يخطر بباله من هو او هو زيد فاذا هو عمرو جاز وفى التبيين ولو نوى الاقتداء بزيد فاذا هو عمرو لم يجز لانه نوى الاقتداء بالغائب انتهى لكن بين المسئلتين تناقض فى الظاهر فلابد من الفرق بينهما فنقول ان فى الاولى شخص الامام معلوم غايته ان الخطأ فى تعيين اسمه وفى الثانية يعرف انه زيد او عمرو فاقتدى بزيد معلوم فاذا هو عمرو معلوم لم يجز فانه يبطل الاقتداء (وللجنازة ينوى الصلوة لله تعالى والدعاء للميت) بان يقول اللهم انى اريد ان اصلى لك وادعو لهذا الميت فيسرها لى وتقبلها منى ولو لم يعرف الجنازة ذكر او انثى قال اصلى مع الامام على الميت الذى يصلى عليه (ولا تشترط نية عدد الركعات) فان نية عدد ركعاتها ليست بشرط فى الفرض والواجب لان قصد التعيين يغنى عنه ولو نوى الفجر اربعا جاز وينبغى ان تكون النية بلفظ الماضى ولو فارسيا لانه الاغلب فى الانشاآت وتصح بلفظ الحال الله اعلم

﴿باب صفة الصلوة﴾ اى ماهية الصلوة وهذا شروع فى المقصود بعد الفراغ من مقدماته قيل الصفة والوصف واحد فى اللغة وفى عرف المتكلمين ان الوصف ذكر ما يوصف به والصفة هى المعنى القائم بذات الموصوف فقول القائل زيد عالم وصف لزيد لا صفة له والعلم القائم به

في محل الجهر (والاسرار في محله) وقيل سنتان لان المقصود القراءة وهو قول الائمة الثلاثة الا في رواية عن مالك فانها تفسد بالتعمد عنده (وسننها رفع اليدين للتحريمة ونشر اصابعه) لما روى انه عليه الصلوة والسلام اذا كبر رفع يديه ناشرا اصابعه وكيفيته ان لا يضم كل الضم ولا يفرج كل التفريج بل يتركها على حالها منشورة كما في اكثر الكتب وبهذا ينبغي للمصنف ان يقول والاصابع بحالها لا مضمومة ولا منفرجة لان ظاهر كلامه يشعر بان يكون النشر كاملا وليس بمراد والمراد به النشر دون الطي لا التفريج كذا قاله الهندواني (وجهر الامام بالتكبير) لحاجته الى الاعلام بالدخول والانتقال قيد بالامام لان المأموم والمنفرد لا يسن لهما الجهر به (والثناء) اى قراءة سبحانك اللهم الخ بعد التكبيرة الاولى (والتعوذ) في اول القراءة لاجلها والمختار فيه ان يقول اعوذ بالله من الشيطان الرجيم وفي الهداية وغيرها والاولى ان يقول استعيذ بالله ليوافق القرآن انتهى لكن المذكور في القرآن العظيم فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله الآية قال القاضي في تفسير فاستعذ بالله اى فاسئل الله تعالى ان يعيذك من وساوسه ومقتضاه اعوذ بالله ففي قوله ليوافق القرآن نظر (والتسمية والتأمين) بعد الفاتحة (سرا) اى خفية سواء كان في النفل او في الفرض وسواء كانت جهرية او غيرها وسرا راجع الى هذه الاربعة منصوب على المصدرية اى تسر هذه الاربعة سرا او يسرها المصلي سرا (ووضع يمينه على يساره تحت سرته) لما روى ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم وضع يده اليمنى على اليسرى هذا حجة على قول مالك بالارسال (وتكبير الركوع) وقيل واجب واضافة التكبير الى الركوع معنوية لان الركوع ليس هو معمول التكبير انما اريد به تكبير هذا الخضوع (وتسبيحه) اى الركوع (ثلاثا) ومعنى التسبيح التقديس والتنزيه ويكون بمعنى الذكر والصلوة وقال ابو المطيع تسبيح الركوع والسجود واجب وقال مالك لا تسبيح في الركوع اصلا (والرفع منه) اى من الركوع وعند الشافعي وفي رواية عن الامام فرض وهو قول محمد (واخذ ركبتيه بيديه) اى وضع الكفين على الركبتين في الركوع (وتفريج اصابعه) لحديث انس رضي الله تعالى عنه اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك (وتكبير السجود وتسبيحه ثلاثا) وقال مالك انه فرض (ووضع يديه وركبتيه على الارض حالة السجود) لقوله عليه الصلوة والسلام امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها اليدين والركبتين وهو سنة عندنا لتحقق السجود بدون وضعهما واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فرض في السجود كما في التبيين (وافتراش رجله اليسرى ونصب اليمنى) في حالة القعود للتشهد لانه عليه الصلوة والسلام فعل كذلك (والقومة) من الركوع (والجلسة) بين السجدتين وقد عرفت الاختلاف فيهما (والصلوة على النبي صلى الله عليه وسلم) بعد التشهد الاخير وقال الشافعي فرض (والدعاء) يعني بعد التشهد في القعدة الاخيرة لنفسه ولوالديه ان كانا مؤمنين ولجميع المؤمنين والمؤمنات لقوله عليه الصلوة والسلام اذا صلى احدكم فليبدأ بالثناء على الله تعالى ثم بالصلوة على ثم بالدعاء (وآدابها) اى آداب الصلوة (نظره الى موضع سجوده) حال قيامه والى ظهر قدميه حال ركوعه والى ارنبة انفه حال سجوده والى حجره حال قعوده والى منكبه الايمن والايسر عند التسليمة الاولى والثانية لان المقصود الخشوع وفي كلامه اشعار بان النظر الى موضع السجود فقط في الكل (وكظم فمه) اى امساكه (عند التثاؤب) لقوله عليه الصلوة والسلام التثاؤب في الصلوة من الشيطان فاذا تثاوب احدكم فليكظم ما استطاع وفي الظهيرية فان لم يقدر غطاه بيده او كمه (واخراج كفيه من كميه عند التكبير) لانه اقرب الى التواضع وابعد من التشبه بالجبابرة وامكن من نشر الاصابع الا لضرورة البرد ونحوه قيد بالرجل والتقييد بالاول فقال عند التكبير الاول لكن المصنف اطلقه وفيه اشعار بانه يجوز ادخالهما

في الكمين في غير حال التكبير لكن الاولى اخراجهما في جميع الاحوال هذا في الرجال واما النساء فيجعل يديها في كميها (ودفع السعال ما استطاع) لانه ليس من افعال الصلوة ولهذا لو كان بغير عذر فحصلت منه حروف تفسد صلوته (والقيام) اى قيام الامام والقوم الى الصلوة (عند حي على الصلوة وقيل عند حي على الفلاح) اى حين يقول المؤذن ذلك لانه امر به فتستحب المسارعة اليه ان كان الامام بقرب المحراب والا فيقوم كل صف ينتهي اليه الامام على الاظهر (والشروع عند قد قامت الصلوة) اى شروع الامام عند ما قال المؤذن قد قامت الصلوة الاول عند الطرفين لئلا يكذب المؤذن وفيه مسارعة للمناجاة وقد تابع المؤذن في الاكثر فيقوم مقام الكل وقال ابو يوسف لا يشرع ما لم يفرغ المؤذن من الاقامة محافظة على تحصيل فضيلة متابعة المؤذن واعانة له على الشروع معه وهو قول الشافعي وقال مالك يشرع اذا اقيم وفي الظهيرية ولو اخر حتى يفرغ المؤذن من الاقامة لا بأس به في قولهم جميعا

﴿ فصل ﴾

لما فرغ من بيان اركان الصلوة وشرائطها وواجباتها وسننها وآدابها شرع في بيان صفة الشروع فقال (ينبغي) للمصلي (الخشوع في الصلوة) لقوله تعالى قد افلح المؤمنون الذين هم في صلوتهم خاشعون (واذا اراد) المصلي (الدخول) اى الشروع (فيها) اى في الصلوة المطلقة (كبر) اى قال الله اكبر وانما يصير شارعا في التكبير في حال القيام او فيما هو اقرب اليه من الركوع اما لو كبر قاعدا ثم قام فلا يصير شارعا ولو كان اخرس او اميا لا يحسن شيئا فلا يكون شارعا بالنية فلا يلزمه تحريك اللسان وكذا العاجز عن النطق على الصحيح (حاذفا) وهو ان لا يأتي بالمد في همزة الله ولا في باء اكبر فان اتى به ان كان في الهمزة فهو مفسد لانه استفهام وان تعمده كفر كما في اكثر الكتب وفيه كلام لان الهمزة يجوز ان تكون للتقرير فلا تفسد تدبر وان اتى به في باء اكبر فقد قيل تفسد لان اكبار جمع فكان فيه اثبات الشركة وقيل اكبار اسم الشيطان وقيل لا تفسد واما مد آخر الجلالة فلا يضر لكن حذفه اولى و يرفع الجلالة ولا يجزم و يجزم الراء من التكبير لما روى انه عليه الصلوة والسلام قال الاذان جزم والاقامة والتكبير جزم و بهذا ظهر ضعف ما قيل ولا يجزم اكبر و يجوز فيه الجزم والاحسن ان يقول والاولى فيه الجزم موافقة الحديث تدبر (بعد رفع يديه) هو الاصح لان في فعله نفي الكبرياء عن غير الله تعالى والنفي مقدم (محاذيا) اى مقابلا (بابهاميه شحمتي اذنيه) لما روى ان النبي عليه الصلوة والسلام اذا كبر رفع يديه حتى يكون ابهاماه قريبا من شحمتي اذنيه (وقيل) قائله صاحب الوقاية (ماسا) بابهاميه شحمتي اذنيه كما في الخانية وتعليل صاحب النقاية بالتيقن من محاذاة يديه لاذنيه ليس بشيء تدبر وقال الشافعي حذاء منكبيه لما روى ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم اذا افتتح الصلوة رفع يديه حتى يحاذي منكبيه قلنا هذا محمول على حالة العذر والاخذ بما روينا اولى لما فيه من اثبات الزيادة ولما فيه من العمل بالروايات لان بمحاذاة الابهامين الشحمتين يكون اصل الكف الى المنكبين واصول الاصابع الى الرأس و بهذا تبين ضعف ما قال يرفع يديه الى فوق الرأس فلو لم يقدر على الرفع المسنون او قدر على رفع يد دون اخرى رفع ما قدر عليه (وعند ابي يوسف يرفع مع التكبير لا قبله) وفي هذه المسئلة ثلاثة اقوال الاول هذا وهو المروي عن ابي يوسف قولا والمحكي عن الطحاوي فعلا واختاره شيخ الاسلام وقاضيخان وصاحب الخلاصة وجماعة حتى قال البقالي هذا قول اصحابنا جميعا الثاني يرفع قبل التكبير ونسبه في المجمع الى محمد وفي الغاية الى عامة علمائنا وقال شمس الائمة وعليه مشايخنا وهو اختيار النسفي وصححه صاحب الهداية الثالث بعد التكبير فيكبر اولا ثم يرفع يديه (والمرأة ترفع حذاء منكبيها) هو الصحيح لان هذا استر لها وعن الامام في رواية انها كالرجل (ومقارنة تكبير المؤتم تكبير الامام جوهر الفضل) عند الامام لانه شريكه في الصلوة وحقيقة المشاركة في المقارنة (خلافا لهما) اى وعندهما الافضل ان يكبر بعده لانه تبع للامام واظن انما قاله يلزم فيما احتاج

المقتدى الى السماع ولو قال المؤتم قبل الامام الله اكبر الاصح انه لايكون شارعا فيهما واجمعوا
على انه لو فرغ من قوله اكبر قبل فراغ الامام لايكون شارعا كما فى الدرر (ولو قال بدل التكبير الله اجل
(او) الله (اعظم او الرحمن اكبر اولااله الا الله) او غيره من اسماء الله تعالى (او كبر بالفارسية) بان يقول
خدا بزركست او نام خدا بزركست (صح) مطلقا سواء كان يحسن العربية اولا عند الامام
وعندهما لا الا ان لايحسن العربية والاصح رجوع الامام الى قولهما اعلم ان المشايخ اختلفوا
فى الذكر الذى يصير به شارعا فى الصلوة فقال مالك لايجوز الا بقوله الله اكبر وقال الشافعى لايجوز
الا بالله اكبر او الله الاكبر وقال ابو يوسف لايجوز الا بالله اكبر او الله الاكبر او الله كبير او الله الكبير
معرفا او منكرا وعندهما يصح الشروع فى الصلوة بكل ذكر هو ثناء خالص لله تعالى يراد به تعظيمه
لاغير نحو الله اله او سبحان الله اولااله غيره و بما كان خبرا كقوله لاحول ولاقوة الا بالله او ماشاء الله
كان لايصير شارعا وفى الذخيرة ولو افتتح بقوله الرحمن يصير شارعا ولو افتتح بالتعوذ او بالبسملة
لايصير شارعا عندهما ولو افتتح باللهم يصير شارعا عند البصريين لان الميم بدل من حرف النداء
وهو الاصح وعند الكوفيين لا ولو ذكر الاسم دون الصفة بان قال الله او الرب او الكبير او اكبر
ولم يزد عليه يصير شارعا عند الامام ولايصير شارعا عند محمد الا بالاسم والصفة ومراده المبتدأ
والخبر ولو قال اجل او اعظم لايصير شارعا اجماعا (وكذا لو قرأ بها) اى بالفارسية (عاجزا
عن العربيــة) التقييد بالعجز بناء على قولهما لان القراءة بالفارسية فى الصلوة جائزة عند الامام
وان كان يحسن العربية لان القرآن هو المعنى والفارسية تدل على المعنى فيكون جائزا فى حق الصلوة
خاصة وروى انه رجع الى قولهما وهو الصحيح وعليه الاعتماد والمصنف اختار رجوعه الى قولهما
ولهذا ساق هذه المسئلة فى صورة الاتفاق (او ذبح وسمى بها) اى بالفارسية وهو جائز بالاتفاق
لان الشرط فيه الذكر وهو حاصل باى لغة كان (غير الفارسية من الالسن مثلها) اى مثل
الفارسية (فى الصحيح) لان المعنى لايختلف باختلاف اللغات قال ابو سعيد البردعى لم يجز بغير
الفارسية لمزيتها على غيرها للحديث المروى وهو قوله عليه الصلوة والسلام لسان اهل الجنة
العربية والفارسية الدرية (ولو شرع باللهم اغفر لى لايجوز لانه) مشوب بحاجته فلم يكن
تعظيما خالصا (وقال ابو يوسف ان كان يحسن التكبير لايجوز) الا به وقد بيناه آنفا (ثم يعتمد
بيمينه على رسغ يساره تحت سرته) وعند الشافعى تحت الصدر كما فى وضع المرأة عندنا وقد اختلف
فى كيفية الوضع فقيل يضع باطن كفه اليمنى على ظاهر كفه اليسرى ويحلق بالخنصر والابهام
على الرسغ وعن الامام انه يضع رسغ اليسرى فى وسط كفه اليمنى قابضا عليها وعندهما يضع باطن
اصابع يده اليمنى على الرسغ طولا ولايقبض وفى النوادر ذكر الخلاف بينهما فقال قول ابى يوسف
يقبض بيده اليمنى رسغ يده اليسرى وقول محمد يضع واختار الهندوانى قول ابى يوسف وفى المفيد
والمزيد يأخذ رسغها بالخنصر والابهام وهو المختار (فى كل قيام سن فيه ذكر) لان الوضع مشروع
للخشوع وهو مطلوب فى حالة الذكر قال شمس الائمة الحلوانى ان كل قيام ليس فيه ذكر مسنون
فالسنة فيه الارسال وكل قيام فيه ذكر مسنون فالسنة فيه الوضع وبه كان يفتى شمس الائمة السرخسى
والصدر الكبير برهان الائمة والصدر الشهيد والمراد من القيام ما هو الاعم لان القاعد يفعل كذلك
(وعند محمد) يعتمد (فى) كل (قيام شرع فيه قراءة) لان الوضع انما شرع مخافة اجتماع الدم فى رؤس
الاصابع وانما يخاف حالة القراءة لان السنة تطويلها (فيضع فى القنوت وصلوة الجنازة)
تفريع على قوله فى كل قيام فيه ذكر اى يضع يديه فى القنوت وصلوة الجنازة عندهما لان فيهما
ذكرا مسنونا (خلافا له) اى لمحمد فيرسل فيهما عنده لعدم القراءة (ويرسل فى قومة الركوع
وبين تكبيرات العيدين اتفاقا) لانه ليس فيهما ذكر مسنون معتدا وقراءة (ثم يقرأ سبحانك اللهم الى آخره)

اى سبحتك بجميع آلائك يا الله تسبيحا واشتغلت بحمدك ولا ينبغى ان يقال بزيادة الواو لانها ليست بقياس وتبارك اسمك اى دام خيرك وتعالى جدك اى تجاوز عظمتك عن درك افهامنا ولم ينقل فى المشاهير وجل ثناؤك فلا يأتى به فى الفرائض ولا اله غيرك بفتحهما ورفعهما وفتح الاول ورفع الثانى وبالعكس كما فى القهستانى وانما اتى بثم للتفاوت بين المعطوفين لا للتراخى وفيه اشارة الى انه يأتى به كل مصل اماما كان او مأموما او منفردا الا اذا كان مسبوقا وامامه يجهر بالقراءة فانه لا يأتى به وصححه فى الذخيرة وعليه الفتوى كما فى المضمرات ولو ادرك الامام فى الركوع ترك الثناء ولو ادرك فى السجود يكبر و يأتى بالثناء ثم يكبر ويسجد (ولا يضم وجهت وجهى الى آخره) اى الى آخر الذكر وهو وجهت وجهى للذى فطر السموات والارض حنيفا وما انا من المشركين قل ان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا من المسلمين قبل الشروع ولا بعده هو الصحيح المعتمد (خلافا لابى يوسف) فان عنده يجمع بينهما ويبدأ بايهما شاء فى رواية عنه واخرى ان البداءة بالتسبيح اولى لما روى جابر رضى الله تعالى عنه انه صلى الله تعالى عليه وسلم كان يجمع بينهما وقال الشافعى يأتى بالتوجه فقط لما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام اذا قام الى الصلوة كبر ثم قال وجهت وجهى الى آخره ولهما ما روى ان النبى عليه الصلوة والسلام اذا افتتح الصلوة قال سبحانك اللهم الى آخره رواه الجماعة وهو مذهب ابى بكر الصديق وعمر وابن مسعود وجمهور التابعين رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فيكون حجة عليهما ورواية جابر محمول على التهجد وما رواه الشافعى كان فى الابتداء ثم نسخ وعند مالك يقول انى وجهت الى آخره قبل التكبير وهو اختيار بعض المتأخرين منا والمراد انه يقول قبل الشروع فى الصلوة ذلك وفى الهداية والاولى ان لا يأتى بالتوجيه قبل التكبير لتصل النية به وهو الصحيح (ثم يتعوذ سرا للقراءة) فى الركعة الاولى لقوله تعالى ❊ فاذا قرأت القرأن فاستعذ بالله ❊ والامر بالاستعاذة متعلق بارادة قراءة القرأن والمعلق بالشروط لا يوجد قبل وجوده وهذا حجة على مالك فانه لا يرى ذلك (فيأتى به المسبوق عند قضاء ما سبق) لانه يقرأ فيتعوذ (لا المقتدى) اى لا يأتى به المقتدى لانه يثنى ولا يقرأ فلا يتعوذ (ويؤخر عن تكبيرات العيد) لانه يقرأ بعدها لا قبلها والتعوذ تبع للقراءة عند الطرفين (وعند ابى يوسف) وفى رواية عن الامام (هو) اى التعوذ (تبع للثناء) وهو للصلوة عنده فان التعوذ ورد به النص صيانة للعبادة عن الخلل الواقع فيها بسبب وسوسة الشيطان والصلوة تشتمل على القراءة والاذكار والافعال فكانت اولى (فيأتى به المقتدى ويقدم على تكبيرات العيد) ولم يذكر ولا يأتى به المسبوق مع انه لازم الذكر لانه لا يأتى عنده بناء على ظهوره (ويسمى سرا) الا عند الشافعى جهرا فيجهر بالقراءة (اول كل ركعة) عندهما وعند الامام فى رواية واخرى عنه فى الركعة الاولى فقط والاول احوط وعليه الفتوى (لا) يسمى (بين الفاتحة والسورة خلافا لمحمد فى صلوة المخافتة) فانه يأتى بها بينهما فى المخافتة عنده ولا يأتى بها فى الجهرية لئلا يلزم الاخفاء بين الجهرين وهو شنيع (وهى) اى البسملة (آية من القرأن نزلت للفصل بين السور ليست من الفاتحة ولا من كل سورة) بيان للاصح من الاقوال وفيه رد على من يقول انها ليست باية فى غير سورة النمل وهو قول مالك والاوزاعى ورد على من يقول انها من الفاتحة ومن اول كل سورة وهو قول الشافعى وذكر ابو بكر ان الاصح انها آية فى حرمة المس لا فى جواز الصلوة ولم يكفر جاحدها للشبهة فيها (ثم يقرأ الفاتحة) لقوله عليه الصلوة والسلام كل صلوة لم يقرأ فيها فاتحة الكتاب فهى خداج اى ناقصة (وسورة) اخرى بعدها (او ثلاث آيات) من اى سورة شاء لمواظبته عليه الصلوة والسلام على ذلك من غير ترك وفى المنية اذا قرأ آية او آيتين لم يخرج عن حد الكراهة وان قرأ ثلاث آيات يخرج لكن لم يدخل فى حد الاستحباب (فاذا قال الامام ولا الضالين امن هو)

اى يقول الامام آمين بالمد والقصر مع تخفيف الميم والاول افصح واشهر واوجع التشديد كما قال الواحدى قيل او قال آمين بالتشديد تفسد وقيل لا وعليه الفتوى قال الزمخشرى هو اسم فعل معناه استجب وهو تعريب همين وفى الرضى انه سريانى كهابيل مبنى على الفتح (و) امن (المؤتم) ايضا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا امن الامام فامنوا فان من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه وهو حجة على مالك بعدم اتيان الامام وعلى رواية الحسن عن الامام ذلك (سرا) خلافا للشافعى فى الجهرية (ثم يكبر راكعا) فيه اشارة الى ان التكبير ينبغى ان يكون مع الانحطاط كما فى الجامع الصغير وقالوا وهو الاصح لانه عليه الصلاة والسلام فعل كذا وفى القدورى ثم يكبر ويركع وفيه احتمال المقارنة وضدها ولانه لا دلالة للواو على الترتيب ولا تقتضى المقارنة فلا يلزم ان يكون من محض القيام كما توهم (ويعتمد بيديه) الباء للتعدية اى يتكئ بيديه (على ركبتيه ويفرج اصابعه) لانه امكن من الاخذ بالركب فان الاخذ والتفريج والوضع سنة (باسطا ظهره) بحيث يستقر عليه قدح ماء لكن يشترط ان يكون النصف الاسفل مستويا (غير رافع رأسه ولا منكس له) من نكسه اى جعله مقلوبا على رأسه معناه يسوى رأسه بعجزه او قال ولا خافض الكان اولى لانه لو خفض رأسه قليلا كان خلافا للسنة (ويقول) اى المصلى فى ركوعه مرات (ثلاثا سبحان ربى العظيم) لقوله عليه الصلاة والسلام من قال فى ركوعه سبحان ربى العظيم ثلاثا فقد تم ركوعه وذلك ادناه ولم يرد به ادنى الجواز وانما اريد به ادنى الكمال لجواز الركوع يتوقف قدر التسبيحة بل اقل او بلا ذكر (وهو ادناه) اى ادنى التسبيح المسنون من الخمس والسبع والتسع ولا يرد اشكال على اصل الفعل بالنسبة الى التسع لانه على التغليب وعلى افراد المضاف اليه المعرف لاسم التفضيل لكونه كناية عن اسم الجنس كما فى القهستانى (وتستحب الزيادة مع الايتار للمنفرد) وان كان اماما فلا يزيد على وجه يمل القوم وقالوا ينبغى للامام ان يقول خمسا ليتمكن القوم من الثلاث ولا يطول لادراك الجائى فانه مكروه وقيل مفسد وكفر وقيل جائز ان كان الجائى فقيرا او قيل مأجور ان اراد القربة (ثم يرفع الامام رأسه) من الركوع (قائلا سمع الله لمن حمده) هذا مجاز عن الاجابة يقال سمع الامير اى اجاب ومنه يقال سمع القاضى بينته اى تلقاه بالقبول واللام لعود المنفعة وقيل بمعنى من والهاء للكناية كقوله تعالى * واشكروا له * وقيل للسكتة وهو المنقول عن الثقات ومعناه قبل ثناء من اثنى عليه واجابه (ويكتفى) الامام (به) اى بالتسميع فقط عند الامام (وقالا يضم اليه ربنا لك الحمد) سرا (ويكتفى المقتدى بالتحميد) واختلف الاخبار فى لفظ التحميد ففى بعضها اللهم ربنا لك الحمد وفى بعضها ربنا لك الحمد وفى بعضها ربنا استجب ولك الحمد وفى بعضها اللهم ربنا ولك الحمد والاول افضل والثانى المشهور فى كتب الحديث وهو الصحيح (اتفاقا) من علمائنا وقال الشافعى يجمع الامام والمأموم بين الذكرين (والمنفرد يجمع بينهما) ويأتى بالتسميع حال الارتفاع وبالتحميد حال الانحطاط وقيل حال الاستواء (فى الاصح) اى اصح الروايتين عن الامام (وقيل كالمقتدى ويقوم مستويا) اى يأتى بالتحميد لا غير وصححه فى الكافى وقال فى المبسوط هو الاصح وعليه اكثر المشايخ وفى المحيط والهداية الاصح الجمع وقال صدر الشهيد وعليه الاعتماد ولهذا اختاره المصنف والتزم بقوله فى الاصح عنه وعما روى ان المنفرد يأتى بالتسميع فقط لانه مستقل بنفسه كالامام (ثم يكبر) خافضا (ويسجد) اى يميل الى السجدة (فيضع) على الارض (ركبتيه) ويقدم اليمنى على اليسرى والفاء لعطف المتصل على المجمل (ثم يديه) اى يضع يده اليمنى ثم اليسرى (ثم) يضع (وجهه بين كفيه ضاما اصابع يديه) فان الاصابع تترك على العادة فيما عدا الركوع والسجود (محاذية اذنيه) يجوز بالتنوين والاضافة وقال الشافعى حذاء منكبيه وفيه دلالة على ان الترتيب سنة وقال الشافعى

ومالك الاولى ان يضع يديه ثم ركبتيه (ويبدى) بالهمزة من الابداء وهو الاظهار وبغير الهمزة مشدد الدال اى يبد من الابداد وهو الابعاد (ضبعيه) بفتح المعجمة وسكون الباء وهو العضد وقيل وسطه وباطنه اى يجافى مرفقيه عن جنبيه الا اذا كان المصلى فى الصف فانه لا يبدى عضديه كيلا يؤذى احدا (ويجافى) اى يباعد (بطنه عن فخذيه ويوجه اصابع رجليه) اى رؤس اصابعهما بان يضع صدر القدم مع بطون الاصابع على الارض (نحو القبلة) لقوله عليه الصلوة والسلام اذا سجد المؤمن يسجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع وفى خزانة المفتين ان انحراف اصابعهما عن القبلة مكروه (والمرأة تنخفض وتلزق) من الالزاق وهو الالصاق (بطنها بفخذيها) لانه استر لها (ويقول سبحان ربى الاعلى ثلاثا) لقوله عليه الصلاة والسلام واذا سجد احدكم فليقل فى سجوده سبحان ربى الاعلى ثلاثا (وهو ادناه) اى ادنى الكمال لا الجواز (ويسجد بانفه وجبهته) وفى التحفة يضع الجبهة ثم الانف وقيل يضعهما معا (فان اقتصر) فى سجوده (على احدهما) اى على الجبهة او الانف (او على كور عمامته) اى دورها (جاز مع الكراهة) عند الامام وعند الشافعى لا تجوز السجدة عليه والخلاف فيما وجد حجم الارض اما بدونه فلا اجماعا وفى شرح المجمع السجود على الجبهة جائز اتفاقا لكنه يكره ان لم يكن على الانف عذر وعليه رواية الكنز وكره باحدهما وما قاله فى الكنز حكاه الزيلعى ايضا عن المفيد والمزيد لكن فى البدايع والتحفة والاختيار عدم الكراهة بترك السجود على الانف وما فى الكتاب يخالفه ما فى البدايع وغيره واختار ما فى الكتاب ارادة ان فى الاقتصار على الجبهة من غير عذر ترك الاحوط فى امر العبادة كما فى الاقتصار على الانف (وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف من غير عذر) وهو مذهب الائمة الثلاثة ورواية عن الامام وعليه الفتوى لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة فيجب ان لا يتأدى بوضع الانف مجردا كما لا يتأدى بوضع الخد والذقن وللامام ان المشهور فى الخبر الوجه لا الجبهة لكن كل الوجه غير مراد بالاجماع فيراد بعضه والخد والذقن خرجا عنه بالاجماع لان التعظيم لم يشرع بوضعهما فبقى الجبهة والانف فكما جاز الاكتفاء بالجبهة يجوز بالانف كما فى شرح المجمع (ويجوز) اى السجود (على فاضل ثوبه) ككمه وذيله ان كان المكان طاهرا اما لو سجد على نجاسة فالاصح عدم الجواز وصحح الشمنى والزيلعى الجواز (وعلى شئ يجد) الساجد (حجمه وتستقر جبهته عليه لا على ما لا يستقر) وحد الاستقرار ان الساجد بالغ لا ينزل رأسه اسفل من ذلك فعلى هذا لا تجوز السجدة على الثلج ان غاب وجهه فيه وان استقر وان يجد حجمه بان تلبد الثلج تجوز وعلى هذا التفصيل التراب ونحوه (وان سجد للزحمة على ظهر من هو معه فى صلاته) يعنى لو سجد للزحام على ظهر من يصلى صلاته (جاز) للضرورة ولا تجوز لو سجد على ظهر من لا يصلى او يصلى لكن لا يصلى صلاته لعدم الضرورة وهذا اذا كان ركبتاه على الارض والا فلا يجزيه وقيل لا يجزيه الا اذا سجد الثانى على الارض (وهى) اى السجدة (تتم بالرفع) اى برفع الجبهة (عند محمد) وهو المختار للفتوى ذكره فخر الاسلام فى الجامع (وعند ابى يوسف بالوضع) بوضع الجبهة وفائدة الخلاف تظهر فيمن صلى الظهر خمسا ولم يقعد فى الرابعة فسبقه الحدث فى السجدة من الخامسة فرفع رأسه للتوضى والبناء جاز عند محمد خلافا لابى يوسف (ثم يرفع) المصلى (رأسه) من السجود (مكبرا) الرفع فرض والتكبير سنة كذا فى اكثر الكتب لكن الصحيح من مذهب الامام ان الانتقال فرض والرفع سنة كما فى المطلب (ويجلس) بين السجدتين (مطمئنا) اى ساكنا بقدر تسبيحة وليس بين السجدتين ذكر مسنون عندنا وكذا بعد رفعه وما ورد فيهما من الدعاء فمحمول على التهجد. واختلفوا فى مقدار الرفع فروى عن الامام انه ان كان الى القعود اقرب جاز

لانه يعد قاعدا وان كان الى الارض اقرب لايجوز لانه يعد ساجدا وقال صاحب الهداية هو الاصح
وقال محمد بن سلمة اذا رفع رأسه بحيث لايشكل على الناظر انه قد رفع يجوز وروى ابو يوسف عن
الامام اذا رفع رأسه مقدار ما يسمى رافعا جاز او وجود الفصل بين السجدتين قال صاحب المحيط
هو الاصح وروى عنه اذا رفع رأسه مقدار ما تمر الريح بينه وبين الارض جاز (ويكبر) للسجدة
الثانية خافضا (ويسجد مطمئنا) قيل الحكمة فى تكرار السجدة ان الاولى لامتثال الامر والثانية
لترغيم ابليس فانه امر بالسجود فلم يفعل فنحن امرنا به فنسجد مرتين ترغيما له كما فى اكثر الكتب
وفيه نظر فان ابليس سجد لله تعالى كثيرا ولا امتنع عن ذلك وانما امتناعه من السجود لآدم
عليه السلام كما قاله السروجى فى غايته وقيل الاولى اشارة الى انه خلق من تراب والثانية الى انه
يعود اليه والاحسن ان يقال انهما امر تعبدى فلا يطلب فيه المعنى كاعداد الركعات (ثم يكبر
للنهوض فيرفع وجهه ثم يديه ثم ركبتيه) على عكس السجود وفى التبيين ويكره تقديم احد الرجلين
عند النهوض ويستحب الهبوط باليمين والنهوض بالشمال (وينهض قائما) بعد السجدة الثانية
قال صاحب الفرائد النهوض القيام فيكون المعنى ويقوم قائما ولا معنى له الا ان يحمل على التجريد
ويجعل بمعنى يستوى وهو بعيد وفيه كلام لان النهوض قد يكون بمعنى الاستواء وقد يكون
بمعنى التوجه كما فى الصحاح وغيره وكلاهما موافق لهذا المقام فلم يتفطن هذا المراد فقال ما قال
(من غير قعود ولا اعتماد بيديه على الارض) اما الاعتماد على فخذيه او ركبتيه فلا بأس به اتفاقا
وقال الشافعى يجلس بعدها جلسة خفيفة ويسمى جلسة الاستراحة ويقوم معتمدا لانه عليه
الصلوة والسلام فعل كذا ولنا انه عليه الصلاة والسلام كان ينهض فى الصلوة على صدور
قدميه ولان الصلاة ما وضعت للاستراحة وما رواه محمول على حالة الضعف والكبر وفى المجتبى
قال الطحاوى لا بأس بان يعتمد بيديه على الارض شيخا كان او شابا وهو قول عامة العلماء (والثانية)
اى الركعة الثانية (كالاولى) اى يفعل فيها ما فعل فى الاولى (الا انه لا يثنى) لانه شرع فى اول
العبادة دون اثنائها (ولا يتعوذ) لانه شرع فى اول القراءة لدفع الوسوسة (ولا يرفع يديه الا فى فقعس
صمعج) لقوله عليه الصلوة والسلام لاترفع الايدى الا فى سبعة مواطن عند افتتاح الصلوة
وقنوت الوتر وتكبيرات العيد وعند استلام الحجر وعند الصفا والمروة وعند الموقفين وعند الجمرتين
فلكل حرف من هذه الحروف اشارة الى كل واحد منها على الترتيب وقال الشافعى يرفع فى الركوع
وفى الرفع منه (فاذا رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الثانية افترش) اى بسط على الارض
(رجله اليسرى فجلس عليها) اى على الرجل (ونصب يمناه) من الرجل (نصبا ووجه اصابعها
نحو القبلة) بقدر ما استطاع لما روت عائشة رضى الله تعالى عنها انه عليه الصلوة والسلام كان
يقعد القعدتين على هذا (ووضع يديه على فخذيه) بحيث يكون اطراف الاصابع عند الركبة
(وبسط اصابعه موجهة نحو القبلة) وفيه خلاف الشافعى فان السنة عنده ان يعقد الخنصر
والبنصر ويحلق الوسطى والابهام ويشير بالسبابة عند التلفظ بالشهادتين ومثل هذا جاء عن
علمائنا ايضا (وقرأ) اى المصلى (تشهد ابن مسعود) وهو اولى من تشهد غيرهم من وجوه
تذكر فى المطولات فليطلب منها (وهو التحيات) اى العبادات القولية (لله والصلوات) اى
العبادات الفعلية لله (والطيبات) اى العبادات المالية لله (السلام عليك ايها النبى ورحمة الله
وبركاته) قيل لما اثنى عليه الصلوة والسلام ليلة المعراج بهذه الاسماء رد الله عليه عليه السلام
بمقابلة التحيات الرحمة وبمقابلة الصلوات البركات اى النما والزيادة بمقابلة الطيبات (السلام علينا
وعلى عباد الله الصالحين) وهذا السلام مقول النبى عليه الصلوة والسلام فى تلك الليلة (اشهد
ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله) اى اعلم واتيقن الوهية الله تعالى وعبودية محمد

عليه الصلاة والسلام ورسالته (ولا يزيد) شيئا (عليه) اى على التشهد ولا ينقص منه وهذا في الفرائض واما في التطوع فيجوز الزيادة كما في المبسوط (في القعدة الاولى) لانه عليه الصلوة والسلام كان لا يزيد عليه فيهما (ويقرأ فيما بعد) الركعتين (الاولين) وانما لم يقل في الاخريين ليدخل فيه الفرد الثالث من المغرب (الفاتحة خاصة) اى لا يضم معها السورة ولو ضم فلا سهو عليه على المختار ولم يذكر التسمية والتأمين اعتمادا على تبعية الفاتحة (وهى) اى قراءة الفاتحة (افضل وان سبح) بقدرها او ثلاث تسبيحات (او سكت) بقدرها او بقدر ثلاث تسبيحات (جاز) وقيل ان القراءة فيهما واجبة حتى لو تركها عمدا كان مسيئا ولو ساهيا سجد للسهو (والقعود الثاني كالاول) في افتراش رجله اليسرى ونصب اليمنى وهو احتراز عن قول مالك والشافعي من انه يتورك فيها فالتشبيه في الكيفية لا في الحكم لان هذا القعود فرض والاول واجب او سنة ولو قال والقعود في الاخير كالقعود في الاول لكان احسن ليتناول القعود في الفجر وقعود المسافر كما في المطلب (والمرأة تتورك فيهما) اى في القعدتين (وهو) اى التورك (ان تجلس على اليتها) بالفتح (اليسرى وتخرج كلتا رجليها من الجانب الايمن) لانه استر لها وتضم فخذيها وتجعل الساق اليمنى على الساق اليسرى كذا في الجوهرة (فاذا تم) المصلي (التشهد فيه) اى في القعود الثاني (صلى على النبي عليه الصلوة والسلام) وهى سنة عندنا وفرض عند الشافعي وقال الكرخي الصلوة على النبي عليه الصلاة والسلام واجبة على الانسان مرة ان شاء جعلها في الصلوة او في غيرها وعن الطحاوى انه تجب عليه الصلوة كلما ذكر قال شمس الائمة السرخسي وما ذكر الطحاوى مخالف للاجماع فعامة العلماء على ان الصلوة على النبي عليه الصلوة والسلام كلما ذكر مستحبة وليست بواجبة كذا في المحيط وكيفية الصلوة ان يقول ❊ اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم انك حميد مجيد ❊ وكره بعضهم ان يقال وارحم محمدا وآل محمد كما رحمت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم لانه يوهم تقصيرا للانبياء عليهم السلام اذ الرحمة تكون باتيان ما يلام عليه والصحيح انه لا يكره كذا قال الزيلعي (ودعا) بعد الصلوة على النبي عليه الصلوة والسلام لنفسه ولوالديه وللمؤمنين والمؤمنات (بما شاء مما يشبه الفاظ القرآن) نحو ربنا اغفر لنا ولاخواننا الآية وربنا ظلمنا انفسنا الآية وربنا انك من تدخل النار الآية (والادعية المأثورة) يجوز بالنصب عطفا على الفاظ وبالجر عطفا على القرآن كما في العناية نحو اللهم انى ظلمت نفسي ظلما كثيرا وانه لا يغفر الذنوب الا انت فاغفر لي مغفرة من عندك انك انت الغفور الرحيم ونحو اللهم انى اسألك من الخير كله ما علمت منه وما لم اعلم واعوذ بك من الشر كله ما علمت منه وما لم اعلم (لا) يدعو (بما يشبه كلام الناس) نحو اللهم ارزقني مالا واللهم زوجني فلانة واللهم اقض ديني الاصل فيه ان كل ما يستحيل السؤال عن الناس فليس بكلامهم وما لا يستحيل فهو كلامهم فيفسد الصلوة وقال الشافعي يجوز ان يدعو في الصلوة بكل ما جاز خارجها ولو قال لا بما يشبه كلام الناس لكان مناسبا لما قبله تدبر (ثم يسلم) المصلي (عن يمينه مع الامام) كما في التحريمة وعندهما بعده وهو رواية عن الامام (فيقول السلام عليكم ورحمة الله) الى جانبيه والسنة ان تكون الثانية اخفض من الاولى ولا يقول وبركاته (و) يسلم (عن يساره كذلك) خلافا لمالك فانه يسلم مرة تلقاء وجهه لما روى انه عليه الصلوة والسلام يسلم تلقاء وجهه ولنا ما روى انه عليه الصلوة والسلام سلم عن يمينه وشماله حتى يرى بياض خديه ولو سلم تلقاء وجهه يصرف ذلك عندنا الى اليمين فيعيده عن يساره (وينوى الامام به) اى بالتسليم (من عن يمينه ويساره من الحفظة) واختلف في هذه النية فقال بعضهم ينوى الكرام الكاتبين وهما اثنان واحد عن يمينه وواحد عن شماله والصحيح انه ينوى الحفظة ولا ينوى عددا

لان ذلك لا يعرف بطريق الاحاطة لان الآثار قد اختلف فقيل مع كل ملكان وهو الصحيح وقيل خمسة وقيل ستون وقيل مائة وستون (والناس الذين) كانوا (معه فى الصلوة) فلا ينوى من لا شركة له فى صلوته وهذا قول اكثر المشايخ وهو الصحيح وقيل ينوى جميع الرجال والنساء وقيل لا ينوى النساء فى زماننا لعدم حضورهن الجماعة ولو قدم البشر على الملك لكان احسن لان خواص البشر واوساطه افضل من خواص الملك واوساطه عند اكثر المشايخ الا ان يقال الواو لمطلق الجمع فلا دلالة على افضلية المقدم (والمقتدى كذلك) اى ينوى فى جهتيه الحفظة والناس الذين كانوا معه فى الصلوة (وينوى) المقتدى ايضا (امامه فى الجانب الذى هو) اى الامام (فيه) اى فى ذلك الجانب يعنى ان كان الامام عن يمينه نواه فى التسليم الاول وان كان فى يساره نواه فى الثانى وانما خصه المأموم بالنية مع دخوله فى الحاضرين لانه احسن اليه بالتزام صلوته صحة وفسادا (وفيهما ان حاذاه) اى ان كان المأموم محاذيا للامام نواه فى التسليمتين عند محمد وهو رواية عن الامام لان للامام حظا من الجانبين وقال ابو يوسف نواه فى الاولى فقط (و) ينوى (المنفرد الحفظة) فى الجانبين (فقط) اذ ليس معه سواهم ولا يصح خطاب الغائب وفى الجامع الاصغر ينوى رجال العالم ونساءه وقال ابو القاسم ينبغى للمصلى ان ينوى فى التسليمتين جميع اهل التوحيد والله اعلم

﴿ فصل ﴾

لما فرغ من بيان صفة الصلوة وكيفيتها واركانها وفرائضها وواجباتها وسننها شرع فى بيان احكام القراءة فى فصل على حدة لزيادة احكام تعلقت بها دون سائر الاركان وابتدأ بذكر الجهر والاخفاء دون ذكر القدر لان الجهر والاسرار واجب على الامام والمقدار الزائد على الركن سنة (يجهر الامام بالقراءة فى الجمعة والعيدين والفجر واولى العشائين) يعنى المغرب والعشاء تغليبا (اداء وقضاء) هو قيد للثلاث الاخيرة فلا يجهر فى الظهر والعصر وان كان بعرفة لانه هو المأثور المتوارث من لدن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم الى هذا الزمان خلافا لمالك فيها وقال صاحب المنح ويجهر فى تراويح ووتر بعدها وقيدنا الوتر بكونه بعد التراويح لانه انما يجهر فى الوتر اذا كان فى رمضان لا فى غيره كما افاده ابن نجيم فى بحره وهو وارد على اطلاق الزيلعى الجهر فى الوتر اذا كان اماما انتهى وفيه كلام لان الامام اذا صلى الوتر فى رمضان يجهر سواء كان صلى التراويح اولم يصل وهو الصحيح ففى تقييده بعدها وايراده على اطلاق الزيلعى نظر لان اداء الوتر بالجماعة لا يجوز فى غير رمضان لانه مع الكراهة على الصحيح والامامة لا تتصور بغير الجماعة فيتعين كونه فيه فالاطلاق يكون فى محله تدبر (ويخير المنفرد) بين الجهر والاخفاء (فى نفل الليل) لان النوافل اتباع الفرائض لكونها مكملات لها فيخير فيها كما يخير فى الفرائض وان كان اماما جهر لما ذكر من انها اتباع الفرائض وانه لا يخير فى نوافل النهار ولو كان اماما (وفى الفرض الجهرى ان كان فى وقته) اى اذا اراد المنفرد اداء الجهرى يخير ان شاء جهر لكونه امام نفسه وان شاء خافت اذ ليس خلفه من يسمعه (والجهر افضل) ليكون الاداء على هيئة الجماعة وروى ان من صلى على تلك الهيئة صلت بصلوته صفوف من الملائكة وقال صاحب الفرائد وقيد بالجهرى لانه لا يخير فى غيره بل يخافت حتما وقيد بقوله ان كان فى وقته لان المنفرد اذا قضى الجهرى يخافت ولا يخير حتى قال صاحب الهداية ومن فاتته صلوة العشاء فصلاها بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر وان كان وحده خافت ولا يتخير هو الصحيح لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما او بالوقت فى حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما انتهى لكن هذا الحصر ممنوع لجواز ان يكون للجهر سبب آخر وهو موافقة الاداء كما اختاره شمس الائمة وفخر الاسلام وجماعة من المتأخرين وفى الخانية هو الصحيح وفى الذخيرة هو الاصح (ويخفيان) اى الامام والمنفرد (حتما) اى وجوبا (فيما سوى ذلك) اى فيما سوى المذكور وانما

لم يذكر التراويح والوتر لعدم التفاته الى ماسوى الفرائض والواجبات المستقلة (وادنى الجهر) في حق الامام (اسماع غيره) اى احدا سواه فان الغير بمعنى المغاير كما في القهستانى واعلاه ان يسمع الكل لكن الاولى ان لايجهد نفسه بالجهر فان سماع بعض القوم يكفى كما فى اكثر الكتب وما فى الخلاصة وغيره من انه اسماع الكل فلو سمع رجلان فى المخافتة لم يكن جهرا الا يخلوا عن شئ لان القوم لو كانوا كثيرا ولم يمكن ان يسمع الكل يلزم ان يكون مخافتة (وادنى المخافتة اسماع نفسه) فقط وهو قول الهندوانى وعليه اكثر المشايخ (فى الصحيح) احتراز عما قيل ان ادنى الجهر اسماع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف وهو قول الكرخى وصححه فى البدايع وقال هو الاقيس وفى قوله ادنى اشارة الى ان هذا القول غير ساقط عن حيز الاعتبار اصلا لانه يشعر بان اعلى المخافتة تصحيح الحروف كما فى القهستانى (وكذا كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها) من البيع والنكاح والايلاء واليمين اى ادنى المخافتة فى هذه الاشياء اسماع نفسه حتى لو طلق بحيث صحح الحروف ولكن لم يسمع نفسه لايقع ولو طلق جهرا ووصل به ان شاء الله بحيث لم يسمع نفسه يقع الطلاق ولا يصح الاستثناء عند الهندوانى خلافا للكرخى (ولو ترك سورة اولى العشاء) بان قرأ الفاتحة فقط (قضاها) اى السورة (فى الاخريين مع الفاتحة) اى مقارنا بفاتحة الاخريين (وجهر بهما) وهو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة فى ركعة واحدة شنيع (ولو ترك فاتحتهما) اى فاتحة الاوليين (لايقضيها) فى الاخريين لانه لو قرأها فيهما يلزم تكرار الفاتحة فى ركعة واحدة وذا غير مشروع هذا عند الطرفين وقال ابو يوسف لايقضى واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لايقضى الابدليل ثم المذكور فى الجامع الصغير يدل على الوجوب وهو قوله قرأها وفى الاصل بلفظ الاستحباب فقال احب الى ان يقضيها (وفرض القراءة آية) يعنى مايؤدى به فرض القراءة آية عند الامام سواء كانت من الفاتحة اوغيرها ولو كانت تلك الآية قصيرة هى كلمتان او كلمات فيجوز بلا خلاف بين المشايخ واما ماهى كلمة كمدهامتان او حرف كص كما فى اوائل السور فالاصح انه لايجوز لانه يسمى عادا لاقارئا وفى الفتح كون صاد حرفا غلط بل الحرف مسمى ذلك وهو ليس المقروء هو الاسم اعنى صاد كلمة انتهى وفيه كلام لان القرأن ماهو المكتوب فى المصاحف ولاشك انه حرف غايته انه لايتصور التعبير عنه الا بالاسم ولو قرأ نصف آية طويلة فى ركعة ونصفها فى اخرى قال بعضهم لايجوز والاكثرون على انه يجوز لان نصف الطويل تعدل ثلاث آيات قصار فلا يكون ادنى من آية ولو قرأ نصف آية مرتين او كلمة واحدة مرارا حتى يبلغ قدر آية تامة لايجوز (وقالا ثلاث آيات قصارا وآية طويلة) تعدلها وهو رواية عن الامام لانه مأمور بالقراءة وبمادون هذا القدر لايسمى قارئا عرفا فاشبه بما دون الاية وله قوله تعالى فاقرأ واما تيسر من القرأن من غير فصل الا ان مادون الآية خارج اجماعا فيكون الاية مرادة وهذا الخلاف راجع الى اصل مختلف فيه وهو ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده والعكس اولى عندهما (وسنتها) اى القراءة (فى السفر عجلة) بفتحتين منصوب على الظرفية اى وقت العجلة وقيل على الحالية من فاعل السفر وفيه ان المصدر لايقع حالا بلا تأويل (الفاتحة واى سورة شاء) من القصار لانه قد قرأ النبى صلى الله تعالى عليه وسلم فى صلوة الفجر المعوذتين (وامنة) بالفتحات اى وقت الامن (نحو البروج وانشقت) بعد الفاتحة (فى الفجر) لامكان مراعاة السنة بالتخفيف وكذا فى الظهر وفى المبسوط يقرأ فى الفجر والظهر الطارق والشمس وضحيها والاخلاص (وفى الحضر) حال السعة (اربعون آية او خمسون) سوى الفاتحة فى ركعتى الفجر لا فى كل ركعة ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين الى مائة للاثر فى كل ذلك ووفقوا بين الروايات فقيل اربعون للكسالى والى ستين للاوساط والى مائة للراغبين وقيل ينظر الى

طول الليالي وقصرها وقيل الى طول الآيات وقصرها وقيل الى قلة الاشتغال وكثرتها وقيل الى خفة النفس وثقلها وقيل الى حسن الصوت وقبحه والحاصل انه يعتبر زعماً بنشر القوم كيلا يؤدي الى تقليل الجماعة (واستحسنوا طوال المفصل فيها) اى فى الفجر (وفى الظهر) لاستوائهما فى سعة الوقت وقيل فى الظهر دون الفجر لانه وقت شغل تحرزا عن الملال وطوال جمع طويلة والمفصل السبع الاخير من القرآن سمي به لكثرة الفصل بين سورة بالبسملة وقيل لقلة المنسوخ فيه (واوساطه فى العصر والعشاء وقصاره فى المغرب) هكذا كتب عمر رضي الله تعالى عنه الى ابى موسى الاشعري ولا تعرف المقادير الا سماعاً ثم اشار الى بيان المفصل مع اقسامه بقوله (ومن الحجرات الى البروج طوال) قال ذلك الحلواني وغيره من اصحابنا وقيل من سورة القتال وقيل من ق وقيل من الجاثية (ومنها) اى من البروج (الى لم يكن اوساط ومنها) اى ومن لم يكن (الى الآخر) اى آخر القرآن (قصار) وفى النهاية من الحجرات الى عبس ثم التكوير الى والضحى ثم الانشراح الى الآخر (وفى الضرورة بقدر الحال) يعني يقرأ بقدر ما اقتضاه الحال اذا اضطر الى التعجيل (وتطال الاولى على الثانية فى الفجر فقط) بيان للسنة وهذا يعني اطالة القرآن فى الركعة الاولى على الثانية فى الفجر متفق عليه للتوارث ولما فيه من اعانة المؤمنين على ادراك فضيلة الجماعة لانه وقت نوم وغفلة وفى قوله فقط دلالة على انه لا تطويل فى غير الفجر عند الشيخين (وعند محمد فى الكل) لان التطويل فى الفجر للاعانة على ادراك الناس الجماعة وهذا المعنى موجود فى سائر الصلوة لكن فى حال اليقظة فلا يقاس على الفجر لوجود الفارق قال المرغيناني تعتبر الآى ان كانت متقاربة فى الطول والقصر وان كانت متفاوتة يعتبر الكلمات والحروف ولا معتبر بما دون ثلاث آيات وقيل ينبغي ان يكون التفاوت بالثلث والثلثين الثلثان فى الاولى والثلث فى الثانية وهذا بيان الاستحباب واما بيان الحكم فلا بأس به وان كان فاحشا سواء فى الاولى او فى الثانية ولا بأس بان يقرأ سورة فى الاولى ويعيدها فى الثانية (ولا يتعين شئ من القرآن لصلوة بحيث لا يجوز غيره) احتراز عن مذهب الشافعي فانه عين الفاتحة لجواز الصلوة حتى لا يجوز اذا لم يقرأها لحديث لا صلوة الا بفاتحة الكتاب والحجة عليه قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن فلا تثبت الزيادة بخبر الواحد والمقصود العظيم (وكره التعيين) اى تعيين سورة للصلوة مثل ان يقرأ الم تنزيل السجدة وهل اتى الفجر يوم الجمعة قالوا هذا اذا رآه حتما اما لو فعلها لاجل التبرك او لبعض الخصائص فلا بأس به ولكن يتركها احيانا ويقرأ غيرها وهذا كتعيين مكان مخصوص فى مسجد كما فى اكثر الكتب لكن الظاهر ان المداومة مكروهة مطلقا لان دليل الكراهة لم يفصل وهو ايهام التفضيل وهجر الباقي وعند الشافعي لا يكره بل يستحب (ولا يقرأ المؤتم) خلف الامام فى السرية والجهرية (بل يستمع وينصت) من الانصات بمعنى السكوت خلافا للشافعي فانه يقول يجب على المؤتم قراءة الفاتحة بعد قراءة الامام فى الجهرية ومع الامام فى السرية لان القراءة ركن من الاركان فيشتركان ولنا قوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وانصتوا قال ابو هريرة رضي الله تعالى عنه كانوا يقرؤن خلف الامام فنزلت وقال احمد اجمع الناس على ان هذه الآية فى الصلوة وقوله عليه الصلاة والسلام من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدى الانصات والاستماع وهو حجة على ما يروى عن محمد انه استحسن فيما لا يجهر احتياطا (وان) وصلية (قرأ امامه آية الترغيب او الترهيب) لان الاستماع فرض بالنص وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به (او خطب) معطوف على قرأ لما كانت الخطبة قائمة مقام ركعتى الظهر نزل من حضرها منزلة المؤتم كما فى الاصلاح ثم ان الخطبة التى يجب استماعها فهى ذكر الله ورسوله والخلفاء والاتقياء والمواعظ واما ما عداها من ذكر

الظلمة فخارج عنها وفي المحيط ان التباعد من الامام اولى عند كثير من العلماء كيلا يسمع مدح الظلمة (او صلى على النبي صلى الله تعالى عليه وسلم) لفرضية الاستماع الا اذا قرأ قوله تعالى صلوا عليه الآية فيصلي سرا كما في اكثر الكتب (والنائي) اي البعيد الذي لا يسمع الخطبة (والداني) اي القريب (سواء) في وجوب الاستماع والانصات امتثالا للامر

﴿ فصل ﴾

(الجماعة سنة مؤكدة) اي قريبة من الواجب حتى لو تركها اهل مصر لقوتلوا واذا تركها واحد ضرب وحبس ولا يرخص لاحد تركها الا لعذر منه المطر والطين والبرد الشديد والظلمة الشديدة وعند الشافعي انها فريضة ثم اختلف فيها في قول عنه فرض كفاية وهو ايضا رواية عن ائمتنا وعند مالك واحمد فرض عين وهو ايضا رواية عن بعض مشايخنا ولكن غير شرط لجوازها فانها لا تبطل صلوة من صلى بغير جماعة ولكن يأثم فيؤل الى كون المراد به الوجوب وفي المفيد انها واجبة وتسميتها سنة لوجوبها بالسنة لكن ان فاتته جماعة لا يجب عليه الطلب في مسجد آخر كما في اكثر الكتب وفي الجوهرة او صلى في بيته بزوجته او ولده فقد اتى بفضيلة الجماعة (واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة) اي بما يصلح الصلوة ويفسدها قيد في السراج الوهاج تقديم الاعلم بغير الامام الراتب واما الراتب فهو احق من غيره وان كان غيره افقه منه ويمكن ان يقال الكلام في ان يكون هذا في نصب الامام الراتب وفي الحاوي القدسي وصاحب البيت اولى وكذا امام الحي الا اذا كان الضيف ذا سلطان (ثم) اي بعد الاستواء في العلم (اقرؤهم) اي اعلمهم بالتجويد والمراعي له ويمكن ان يكون المراد احفظهم للقرآن وهو متبادر (وعند ابي يوسف بالعكس) فانه يقول الاولى اقرؤهم لقوله عليه الصلوة والسلام يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله تعالى لهما ان الحاجة الى العلم اشد حتى اذا عرض له عارض امكنه اصلاح صلوته فكان اولى وفي الصدر الاول كانوا يتلقون القرآن باحكامه فكان اقرؤهم اعلمهم وفي زماننا انه يحسن القراءة ولا حظ له من العلم فالاعلم اولى لكن هذا بعد ما يحسن من القراءة قدر ما يقوم به سنة القراءة ولم يطعن في دينه (ثم اورعهم) اي اشدهم اجتنابا عن الشبهات لقوله عليه الصلوة والسلام من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي (ثم اسنهم) اي اكبرهم سنا لان في تقديم الاسن تكثير الجماعة لانه اخشع من غيره وقيل المراد به الاقدم اسلاما فعلى هذا لا يقدم شيخ اسلم على شاب نشأ في الاسلام او اسلم قبله لكن في المحيط ما يخالفه فانه قال وان كان احدهما اكبر والآخر اورع فالاكبر اولى اذا لم يكن فيه فسق ظاهر (ثم احسنهم خلقا) اي احسنهم في المعاشرة مع اخوانه وفي المعراج ثم احسنهم وجها اي اكثرهم صلاة بالليل للحديث الشريف من كثرت صلاته بالليل حسن وجهه بالنهار لكن لا حاجة الى هذا التكلف بل يبقى على ظاهره لان سماحة الوجه سبب لكثرة الجماعة خلفه ثم اشرفهم نسبا ثم انظفهم ثوبا لان في هذه الصفات تكثير الجماعة وان استووا يقرع او الخيار الى القوم (وتكره امامة العبد) سواء كان معتقا او غيره كما في القهستاني نقلا عن الخلاصة لانه لا يتفرغ التعلم (والاعرابي) وهو الذي يسكن البادية عربيا كان او عجميا لان الغالب عليه الجهل الا ان يكون اعلم القوم وفيه اشعار بانه لا تكره امامة العربي البلدي لكن في الكرماني انه تكره كما في القهستاني (والاعمى) لانه لا يتوقى النجاسة ولا يهتدي الى القبلة بنفسه ولا يقدر على استيعاب الوضوء غالبا كما في الدرر وانما قيده بقوله غالبا لانه يلزم بعدم التقييد ان لا تجوز الصلوة اصلا لنقصان الوضوء وفي البرهان لو لم يوجد بصير افضل منه يكون هو اولى لاستخلاف النبي عليه الصلاة والسلام ابن ام مكتوم على المدينة حين خرج الى تبوك وكان اعمى (والفاسق) اي الخارج عن طاعة الله تعالى بارتكاب كبيرة لانه لا يهتم بامر دينه وكذا امامة النمام والمرائي والمتصنع وشارب الخمر (والمبتدع) اي صاحب هوى لا يكفر به صاحبه حتى اذا كفر به لم تجز اصلا قال المرغيناني تجوز الصلوة خلف

صاحب هوى الا انه لا يجوز خلف الرافضي والجهمي والقدري والمشبهة ومن يقول بخلق القرآن والرافضي ان فضل عليا فهو مبتدع وان انكر خلافة الصديق فهو كافر (وولد الزنا) اذ ليس له اب يؤدبه فيغلب عليه الجهل كما في الدرر لكن هذا يقتضي عدم الكراهة اذا كان اعلم زمانه بل الوجه تنفر الطبع عنه فيلزم تقليل الجماعة واختلف في اقتداء الشافعي وفي وتر النهاية انه غير جائز وفي الجواهر فالاحوط ان لا يصلي خلفه هذا اذا لم يعلم حاله واما اذا علم انه يتعصب ولم يتوضأ من فصده ونحوه اولم يغسل ثوبه من المني اولم يفركه اوتوضأ من ماء مستعمل اونجس اواشباهه مما يفسد الصلوة عندنا لا يجوز اقتداؤه (فان تقدموا جاز) لقوله عليه الصلوة والسلام صلوا خلف كل بر وفاجر والفاسق اذا تعذر منعه تصلي الجمعة خلفه وفي غيرها ينتقل الى مسجد آخر وكان ابن عمر وانس رضي الله تعالى عنهما يصليان الجمعة خلف الحجاج مع انه كان افسق اهل زمانه كما في التبيين (ويكره تطويل الامام) عن القدر المسنون (الصلوة) بالاجماع واما اذا صلى وحده فليصل كيف شاء (وكذا) يكره (جماعة النساء وحدهن) لانه يلزمهن احد المحظورين اما قيام الامام وسط الصف اوتقدمه وهما مكروهان في حقهن كراهة تحريم الا في صلوة الجنازة فانها لا تكره فيها لانها فريضة ولا تترك بالمحظور (فان فعلن) اى صلين جماعة وارتكبن الكراهة (يقف الامام) الامام من يؤتم به اى يقتدى به ذكرا كان اوانثى فلهذا لم يدخل تاء التأنيث (وسطهن) لان عائشة رضي الله تعالى عنها فعلت كذا حين كانت جماعتهن مستحبة ثم نسخ الاستحباب وفي السراج وانما ارشد الى التوسط لانه اقل كراهة من التقدم لكن لا بد ان يتقدم عقبها عن عقب من خلفها ليصح الاقتداء حتى لو تأخر لم يصح والوسط بالتحريك اسم ما بين طرفي الشيء كمركز الدائرة وبالسكون اسم لداخلها وكل منهما يحتمل هنا بل الاول اولى كما في القهستاني لان كلا منهما يقع موقع الآخر قال الجزري وهو الاشبه كما في الرموز وبهذا ظهر ضعف ما قيل ولا يجوز فتحها فليتأمل (كالمراة) التشبيه راجع الحكم والكيفية لا من كل الوجوه لان صلوة المراة قعودا افضل دون النساء (ولا يحضرن الجماعات) في كل الصلوة نهارية او ليلية لقوله عليه الصلوة والسلام صلاتها في قعر بيتها افضل من صلاتها في صحن دارها وصلاتها في صحن دارها افضل في مسجدها وبيوتهن خير لهن ولانه لا تؤمن الفتنة من خروجهن (الا العجوز في الفجر والمغرب والعشاء والعيد) وكذا العيدين لنوم الفساق في الفجر والعشاء واشتغالهم بالاكل في المغرب واتساع الجبانة في العيدين فيمكنها الاعتزال عن الرجال هذا عند الامام وقيل المغرب كالظهر والجمعة كالعيدين (وجوزا) اى ابو يوسف ومحمد (حضورها) اى العجوز (في الكل) لانعدام الفتنة لقلة الرغبة فيهن لكن هذا الخلاف في زمانهم واما في زماننا فيمنعن عن حضور الجماعات وعليه الفتوى وقيد بالعجوز لان الشابة ليس لها الحضور اتفاقا والشابة من خمس عشرة الى تسع وعشرين والعجوز من خمسين الى آخر العمر (ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه) اى يقف المؤتم الواحد رجلا اوصبيا في جانب الايمن مساويا له ولا يتأخر في ظاهر الرواية وعن محمد يضع اصابعه عند عقب الامام وان قام عن يساره جاز ويكره وفي كراهة القيام خلفه اختلاف المشايخ والصحيح انه يكره ولو كان معه رجل وامرأة فانه يقيم الرجل عن يمينه والمرأة خلفهما (ويتقدم) اى الامام (على الاثنين فصاعدا) لانه عليه الصلوة والسلام فعل ذلك وعن ابي يوسف انه يتوسط بين الاثنين وفيه اشارة الى ان الاولى للامام ان يتقدم اذا كان المؤتم متعددا الا انه يأمرهم بالتأخير كما في الاصلاح (ويصف الرجال) في الاقتداء بالامام لقوله عليه الصلوة والسلام ليليني منكم اولو الاحلام والنهى (ثم الصبيان ثم الخناثى) بضم الخاء المعجمة جمع الخنثى وهو معروف والمراد منه من يكون حاله مشكلا فان تبين حاله لا يعد منه وانما اورد صيغ الجمع في بيان الصفوف لان الصف لا يطلق الا على الجماعة (ثم النساء) وفي البحر قيل وليس

هذا الترتيب بحاصر الجملة الاقسام الممكنة فانها تنتهى الى اثنى عشر قسما والترتيب الحاصر لها ان يقدم الاحرار البالغون ثم الاحرار الصبيان ثم العبيد البالغون ثم العبيد الصبيان ثم الاحرار الخناثى الكبار ثم الاحرار الخناثى الصغار ثم الارقاء الخناثى الكبار ثم الارقاء الخناثى الصغار ثم الحرائر الكبار ثم الحرائر الصغار ثم الاماء الكبار ثم الاماء الصغار (فان حاذته) اى حاذت المرأة الرجل وحد المحاذاة ان يحاذى عضو منها عضوا من الرجل حتى لو كانت المرأة على الظلة والرجل بحذائها اسفل منها ان كان يحاذى الرجل منها تفسد صلوته وقال الزيلعى المعتبر فى المحاذاة الكعب والساق على الصحيح وفى اطلاقه اشعار بان قليل المحاذاة مفسد كما قال ابو يوسف واما عند محمد فيشترط مقدار ركن حتى لو تحرمت فى صف وركعت فى آخر وسجدت فى ثالث فسدت صلوة من عن يمينها ويسارها وخلفها من كل صف (مشتهاة) اى امرأة عاقلة مشتهاة فى الحال او فى الماضى محرما كانت او اجنبية فيدخل فيها العجوز وتخرج عنها الصبية التى لا تشتهى وانما قيدنا بالعاقلة لان المجنونة لا تفسد لان صلاتها ليست بصلاة كما فى النهاية ولا يخفى ان المجنونة لا تخرج بالمشتهاة كما توهم لانها من اهل الشهوة فى الجملة بل لابد من هذا القيد فليتامل (فى صلوة مطلقة) وهى التى لها ركوع وسجود ولو بالايماء واحترز بها عن صلوة الجنازة (مشتركة) لان محاذاتها المصلى ليس فى صلوتها لا تفسد لكنه مكروه كما فى فتح القدير (تحريمة) بان بنى احدهما تحريمته على تحريمة الآخر او بنيا تحريمتهما على تحريمة ثالثة (واداء) بان يكون احدهما اماما للآخر ويكون لهما امام فيما يؤديانه حقيقة كالمدرك وهو الذى اتى الصلاة جميعها مع الامام بان تكون تحريمته على تحريمة الامام واداؤه على ادائه او تقديرا كاللاحق وهو الذى فاته من آخر الصلوة بسبب نوم او سبق حدث بان تكون تحريمته على تحريمة الامام حقيقة واداؤه فيما يقضيه على ادائه تقديرا لانه التزم متابعته فى اول الصلاة بالتحريمة ولهذا لا يقرأ فيما يقضيه ولا يسجد لسهوه وتبطل صلاته بتبدل اجتهاده فى القبلة ولا ينقلب فرضه اربعا اذا نوى الاقامة وانما قيد الاشتراك بالاداء لان الاشتراك لو ثبت فى التحريمة دون الاداء كما اذا كانا مسبوقين وقاما لقضاء ما فاتهما لا تفسد محاذاتها لانهما ليسا مشتركين اداء بل هما فى حكم المنفردين فيما يقضيانه بدليل وجوب القراءة عليهما والسجود لسهوهما وينقلب الفرض اربعا اذا نوى الاقامة قال بعض الفضلاء ان ذكر الاشتراك فى الاداء مغن عن ذكر الاشتراك فى التحريمة وللقائل ان يقول باستدراك الاداء ايضا فان المشتركة على ما فى الينابيع ان تقتدى المرأة وحدها او مع الرجال من اول صلاة الامام انتهى لكن المص افرد كلا منهما بالذكر تفصيلا لمحل الخلاف عن محل الوفاق كما هو دأب المؤلفين وذلك ان الاشتراك تحريمته شرط اتفاقا والاشتراك اداء شرط على الاصح ذكر فى شرح التلخيص كما فى الاصلاح (فى مكان متحد بلا حائل) وادناه قدر مؤخرة الرحل وغلظه كغلظ الاصبع والفرجة تقوم مقامه وادناها قدر ما يقوم الرجل (فسدت صلاته) اى صلاة الرجل استحسانا دون صلاتها لتركه فرض المقام لانه مأمور بالتأخير لقوله عليه السلام اخروهن من حيث اخرهن الله وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها والقياس ان لا تفسد وهو قول الشافعى اعتبارا بصلاتها (ان نوى امامتها) اى ان نوى الامام امامتها بعينها وامامة النساء وقت الشروع لا بعده وفى البحر لا حاجة الى هذا القيد لانه علم من قيد الاشتراك لانه لا اشتراك الا بنية امامتها اذ لو لم ينو امامتها لم يصح اقتداؤها (ولا تدخل فى صلاته بلا نية اياها) اى لا تدخل المرأة فى صلاة الرجل الا ان ينوى الامام وقال زفر تدخل بغير نية كالرجل ولنا انه يلحقه من جهتها ضرر على سبيل الاحتمال بان تقف فى جنبه فتفسد صلاته فكان له ان يحترز عن ذلك بترك النية وهذه المسئلة كالتعليل لما قبلها (وفسد اقتداء رجل بامرأة) لما روينا وفى الخلاصة وامامة الخنثى المشكل للنساء جائزة وللرجال والخنثى مثله لا يجوز

(اوصبي) اى فسد اقتداء رجل وامرأة بصبي فى فرض قضاء واداء بالاتفاق الا عند الشافعي واحمد فى رواية عنه يجوز وفى النفل روايتان عنا قيل يجوز وهو المختار لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد ولا يبنى القوى على الضعيف وفيه اشارة الى انه لا يقتدى به فى صلاة الجنازة والى انه يقتدى الصبي بالصبي كما فى الخلاصة (وطاهر) اى صحيح والمراد من لا عذر له (بمعذور) اى بمن به عذر وهو سلس البول ونحوه لانه يصلى مع الحدث حقيقة وانما جعل حدثه كالعدم للحاجة الى الاداء فكان اضعف حالا من الطاهر وفيه اشارة الى جواز اقتداء المعذور بمثله ان اتحد عذرهما والا فلا كما فى التبيين وفى المجتبى واقتداء المستحاضة بالمستحاضة والضالة بالضالة لا يجوز قال بعض الفضلاء لعله لجواز ان يكون الامام حائضا اما اذا انتفى الاحتمال فينبغي الجواز لانه من قبيل المتحد (وقارئ بامى) والامى فى الاصل من لا يكتب ولا يقرأ او من لا يحسن الخط منسوب الى الامة فحذفت التاء فهو كالعامى اى عادة العامة وفيه اشارة الى اقتداء اخرس او امى بامى كما فى المحيط وفى امامة الاخرس بالامى اختلاف المشايخ والمختار انها لا تجوز لان الامى اقوى حالا منه لقدرته على التحريمة (ومكتس) اى لابس ولو قال ومستور بعار لكان اولى لان من ستر عورته بالسراويل لا يسمى مكتسيا فى العرف مع انه تصح صلوة المكتسي خلفه كما افاده صاحب السراج (بعار وغير موم بموم) خلافا لزفر والشافعي فى قول فيهما (ومفترض) ولو كان ذلك الفرض من قبل نفسه كالنذر (بمتنفل) لانه اضعف حالا منه (او بمفترض فرضا آخر) كمصلى الظهر اقتدى بمصلى العصر لانتفاء الشركة ولا يخفى انه يكون واحد منهما قضاء وعند الشافعي يجوز فيهما وكذا لا يجوز اقتداء الناذر بالناذر الا اذا نذر احدهما عين ما نذره الآخر ويجوز اقتداء الحالف بالحالف ولا يجوز اقتداء الناذر بالحالف وبالعكس يجوز وفى النوادر رجلان افتتحا الصلاة ونوى كل واحد منهما ان يكون اماما لصاحبه فصلاتهما تامة لان الامامة تصح من غير نية فلغت النية وصار كل واحد شارعا فى صلوة نفسه وان نوى كل واحد ان يأتم بصاحبه فصلاتهما فاسدة لان كل واحد قصد الاشتراك ولم تصح لاستحالة كون كل واحد اماما ومؤتما (ويجوز اقتداء غاسل بماسح) لاستواء حالهما لان الخف مانع من سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح والماسح على الجبيرة كالماسح على الخفين بل هو اولى لانه كالغسل لما تحته (ومتنفل بمفترض) لان الفرض اقوى اذ الحاجة فى حق المتنفل الى اصل الصلوة وهو موجود فى الفرض وزيادة صفة الفرضية ولا يقال ان القراءة فى الاخيرين فرض فى حق المتنفل وفى الفرض ليس كذلك لان صلوة المقتدى اخذت حكم صلوة الامام بسبب الاقتداء (وموم بمثله) سواء كانا قائمين او قاعدين او مستلقيين او مضطجعين واختلف فى الموى قاعدا بالموى مضطجعا وكلام المصنف يشعر عدم الجواز كما فى الدرر وغيره لانه قال بمثله ولم يقل بموم لكن فى النهاية الاصح الجواز (وقائم باحدب) اى الذى بلغ حدبه الركوع اوقوس لاستواء النصف الاسفل وكذا الاعرج والمجبوب ذكره وفى الظهيرية خلافه لانه قال ولا تصح امامة الاحدب للقائم وقيل تجوز والاول اصح (وكذا) تجوز (اقتداء المتوضئ بالمتيمم) عند الشيخين لان التراب خلف عن الماء عندهما فيكون شرط الصلوة موجودا فى كل واحد منهما كما فى الغاسل والماسح ولا يقتدى بالمتيمم متوضئ معه ماء كما فى اكثر الكتب (والقائم بالقاعد) لانه عليه الصلوة والسلام صلى آخر صلاته قاعدا والقوم خلفه قيام (خلافا لمحمد فيهما) اى فى المسئلتين الاخيرتين لانه قال فى الاولى التيمم خلف عن الوضوء فلا يصح الاقتداء اذ ليس لصاحب الاصل ان يبنى صلاته على صلاة صاحب الخلف وفى الثانية ان حال القائم اولى لانه كامل فلا يجوز اقتداؤه بالناقص وهو القياس (وان علم) المأموم بعد فراغ الامام (ان امامه كان

محدثا) حين صلى (اعاد) لقوله عليه السلام من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلاته واعادوا وفيه خلاف الشافعي بناء على ان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة لا في الصحة والفساد وفي التنوير اذا ظهر حدث امامه بطلت فيلزم اعادتها وهذا اولى من عبارة الكنز حيث قال اعاد اي على سبيل الفرض ومراده بالاعادة الاتيان بالفرض لا الاعادة في اصطلاح الاصوليين الجابرة للنقص في المؤدى انتهى وفيه كلام لان عبارة الكنز موافقة للحديث والموافقة اولى فلهذا اختاره فليتأمل (وان اقتدى امي وقاري بامي فسد صلوة الكل) عند الامام سواء علم الامام ان في خلفه قارئا اولم يعلم في ظاهر الرواية (وقالا صلوة القاري فقط) لان المأموم الامي معذور فمثل الامام كما اذا ام العاري عاريا وكاسيا والجريح جريحا وصحيحا وله ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلاته وهذا لانه لو اقتدى بالقاري تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها لان الموجود في حق الامام لايكون موجودا في حق المقتدي ولو كان يصلي الامي وحده والقاري وحده جاز وهو الصحيح لانه لم تظهر منهما رغبة في الجماعة كما في الهداية وفي النهاية لو اقتدى الامي ثم حضر القاري ففيه قولان ولو حضر الامي بعد افتتاح القاري فلم يقتد به وصلى منفردا الاصح ان صلاته فاسدة انتهى ففيه مخالفة لما في النهاية (ولو استخلف الامام القاري اميا في الاخريين) بعد ما قرأ في الاوليين (فسدت) لان كل ركعة صلوة فلا يجوز خلوها عن القراءة تحقيقا وتقديرا ولا تقدير في حق الامي لعدم الاهلية وقال زفر لا تفسد لتأدي فرض القراءة هذا اذا قدمه في التشهد قبل الفراغ اما لو استخلفه بعده فهو صحيح بالاجماع لخروجه عن الصلوة بصنعه وقيل تفسد صلوتهم عنده لا عندهما والصحيح الاول كما في الغاية

﴿ باب الحدث في الصلوة ﴾

لما فرغ من بيان احكام الصلوة السالمة في حالة الانفراد والجماعة شرع في بيان ما يلحقها من العوارض المانعة من المضي فيها (من سبقه) اي عرض له بلا اختيار (حدث) غير مانع للبناء كالجنابة وغيرها (في الصلوة توضأ) بلا مكث والتقييد بلا مكث لان جواز البناء شرطه ان ينصرف من ساعته حتى لو ادى ركنا مع حدث او مكث مكانه قدر ما يؤدي ركنا فسدت صلوته كما في اكثر الكتب لكن ليس باطلاقه لانه اذا احدث بالنوم ومكث ساعة ثم انتبه فانه يبني كما في التبيين (وبنى) خلافا للشافعي فان عنده لا يجوز البناء بل يستقبل لان الحدث ينافي الصلوة اذ لا وجود للشيء مع منافيه وهو القياس لكن تركناه بقوله عليه السلام من قاء او رعف او امذى في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم (والاستيناف افضل) تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستأنف والامام والمقتدي يبنيان لفضيلة الجماعة (وان كان) المحدث (اماما جر) باخذ الثوب او الاشارة (آخر) ممن يصلح للامامة والمدرك اولى من اللاحق والمسبوق (الى مكانه) واضعا يده على فمه موهما انه رعف هكذا روى عن النبي عليه الصلوة والسلام ولو احدث في ركوعه او سجوده يتأخر محدودبا ثم ينصرف ولا يرتفع مستويا فتفسد صلوته ويشير اليه بوضع اليد على الركبة لترك الركوع وعلى الجبهة للسجود وعلى الفم للقراءة ويشير باصبع الى ركعة وباصبعين الى ركعتين هذا اذا لم يعلم الخليفة ذلك اما اذا علم فلا حاجة الى ذلك (فاذا توضأ) الامام (عاد واتم في مكانه حتما ان كان امامه) اي الذي استخلفه فانه امام له وللقوم (لم يفرغ) عن الصلوة وكذا المقتدي اذا سبقه حدث حتى لو صلى في مكان آخر لم يصح اقتداؤه فسدت صلوته لان الاقتداء واجب عليه وقد بنى في موضع لا يصح اقتداؤه فيه ولا يجوز انفراده لان الانفراد في موضع الاقتداء مفسد وفي شرح الطحاوي يشتغل اولا بقضاء ما سبقه الامام بغير قراءة لانه لاحق ثم يقضي آخر صلوته ولو تابع الامام اولا جاز ويقضي ما فاته لان ترتيب افعال الصلوة ليس بشرط عندنا خلافا لزفر (والا) اي وان كان

امامه قد فرغ منها (فهو مخير بين العود و بين الاتمام حيث) في مكان (توضأ) وانما خير لان في الاول اداء الصلوة في مكان واحد وهو اختيار شيخ الاسلام والامام السرخسي وهو افضل كما في الكافي وفي الثاني قلة المشي وهو اختيار البعض (كالمنفرد) اي كما هو مخير بينهما (ولو احدث) المصلي (عمدا) اي باختياره وقصده (استأنف) لان البناء ثبت على خلاف القياس فاقتصر على مورده فلم يجز البناء في العمد (وكذا لو جن) هو من افعال لم يسم فاعله (او اغمي) عليه (او احتلم) بان نام في الصلوة نوما لا ينقض وضوءه او وجب عليه غسل فيشمل ما اذا حاضت او انزل بالنظر او غيره (او قهقه) ناسيا او عامدا لانه كالكلام وفيه اشعار بان الضحك غير مانع كما في المحيط (او اصابته نجاسة مانعة) من الصلوة من غير حدث سواء كان من بدنه او غيره كما في المنح وفي القهستاني ان المانع من البناء نجاسة الغير لا نجاسته وهذا يخالف ما في المنح تدبر (او شج وسال دمه) وقال ابن ملك وفي المحيط او وقع على رأسه الكمثرى من الشجرة في صلوته فشجه يبني عند ابي يوسف لانه لا صنع له فيه فصار كالسماوي وعندهما لا يبني لان انبات الشجر كان بصنع العباد فلا يكون كالسماوي انتهى وقال صاحب الفرائد ثم انبات الشجرة بصنع العباد لكن ليس بصنع المصلي انتهى وفيه كلام لانه يحتمل ان يكون بصنع المصلي وهذا يكفي ان لا يكون كالسماوي فليتأمل (او ظن انه حدث فخرج من المسجد او جاوز الصفوف خارجه) اي حال كونه خارج المسجد فان مكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ان مشى يمنة او يسرة او خلفا وان مشى امامه وليس بين يديه سترة فالصحيح هو التقدير بموضع السجود وفي المحيط ان المنفرد تفسد صلوته في المسجد او الصحراء بالخروج عن موضع سجوده من الجوانب الاربع (ثم ظهر انه لم يحدث) يعني يستأنف في هذه الحوادث كما لو احدث عمدا لان وجود هذه الاشياء نادر فلا يقاس على مورد الشرع (ولو لم يخرج) اي الامام او المقتدي من المسجد (او لم يجاوز الصفوف) خارجه (بنى) في الصورتين استحسانا لان غرضه الاصلاح فالحق غرضه بحقيقة الاصلاح ما لم يختلف المكان والقياس الاستئناف وهو مروي عن محمد لوجود الانصراف من غير عذر وانما صرح هذه المسألة مع كونها مستفادة من المفهوم تفصيلا لمحل الخلاف كما بين (ولو سبقه الحدث بعد ما قعد قدر التشهد) في آخر الصلوة (توضأ) بلا توقف (وسلم) لانه لم يبق عليه سوى السلام ولان التسليم واجب فيتوضأ ليأتي به (وان تعمده) اي الحدث (في هذه الحالة) اي بعد ما قعد قدر التشهد (او عمل ما ينافيها) اي الصلوة (تمت صلوته) لوجود الخروج بصنعه وقد وجدت اركانها (وبطلت) [illegible] لامام ان رأى [illegible] المصلي (في هذه الحالة) اي بعد ما قعد قدر التشهد (وهو متيمم ماء) [illegible] رأى والمراد بالرؤية القدرة على الاستعمال ولو قال ان قدر على الماء لكان احسن وفي الدرر [illegible] فليراجع (او تمت مدة) مسح (الماسح) وهو واجد الماء على الاصح (او نزع خفيه بعمل قليل) لان العمل الكثير يخرج به عن الصلوة فتتم صلوته اتفاقا ولو قال او نزع خفه لكان اولى لان الحكم في الخف الواحد كذلك (او تعلم الامي سورة) اي تذكر بعد النسيان وقيل حفظها بالسماع من غيره بلا اشتغال بالتعلم والا تمت صلاته ولو قال آية لكان احسن لان عند الامام الآية تكفي (او وجد العاري ثوبا) تجوز به الصلاة (او قدر المومي على الاركان) لان آخرها اقوى فلا يجوز بناؤه على الضعيف (او تذكر صاحب الترتيب) صلاة (فائتة) وفي الوقت سعة وفي السراج ثم هذه الصلاة لا تبطل مطلقا عند الامام بل تبقى موقوفة ان صلى بعد خمس صلوات وهو يذكر الفائتة فانها تنقلب جائزة وانما ذكرها على الاطلاق تبعا لما في الكنز وغيره (او استخلف) الامام (القارئ اميا) وفي البحر واختار فخر الاسلام انه لا فساد بالاستخلاف بعد التشهد بالاجماع وصححه في الكافي

وغاية البيان لان استخلاف الامي فعل مناف للصلاة فيكون مخرجا منها (اوطلعت الشمس
في الفجر اودخل وقت العصر في الجمعة) هذه المسئلة لاتتصور الا على رواية الحسن عن الامام
من ان آخر وقت الظهر اذا صار ظل كل شيء مثله كما هو قولهما كما في الينابيع وغيره قال صاحب
الفرائد نعم يتحقق الخروج لكن قيل اودخل وقت العصر واذا كان بينهما وقت مهمل عنده
لم يدخل وقت العصر بل يخرج وقت الجمعة انتهى هذا مخالف لما قاله في اول كتاب الصلاة
فانه قال وروى حسن بن زياد عنه اذا صار ظل كل شيء مثله سوى فيء الزوال خرج وقت الظهر
ودخل وقت العصر وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وروى اسد بن عمر عنه اذا صار ظل كل شيء مثله
سواء خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر وعلى هذه الرواية بين الظهر والعصر
وقت مهمل لا على رواية الحسن فافهم وفي الكافي وغيره هذا على اختلاف القولين وفي المعراجية
قيل تخصيص الجمعة اتفاقي لان الحكم في الظهر كذلك (اوزال عذر المعذور) والمراد بالزوال
ان يستوعب الانقطاع وقتا كاملا فلو انقطع العذر بعد التشهد وسال في وقت صلاة اخرى
فالصلاة الاولى جائزة عند الامام وان لم يسل فهي باطلة لتحقق الانقطاع بعد التشهد
(اوسقطت الجبيرة عن برء) لان سقوطها بغير صنعه فيكون مبطلا لان الخروج من الصلاة
بصنعه فرض عند الامام في رواية كما بين آنفا لا عندهما وهذه المسائل تسمى اثنى عشرية
في الرواية المشهورة قيل هي خطاء من حيث العربية لانه لاتجوز النسبة الى الاثنى عشر وغيره
من العدد المركب الا اذا كان علما فحينئذ ينسب الى صدره يقال خمسي في خمسة عشر وبعلي
في بعلبك كما في المفصل وانما قال الامام ببطلان الصلاة في هذه المسائل لان مايغير الصلاة
في اثنائها يغيرها في آخرها كنية الاقامة واقتداء المسافر بالمقيم (ولو استخلف الامام مسبوقا)
وهو الذي لم يدرك اول صلاة الامام (صح) استخلافه لوجود المشاركة في التحريمة وينبغي
لهذا المسبوق ان لايتقدم ولو تقدم جاز وكذا لو كان الامام مسافرا ينبغي ان لايقدم مقيما
(فاذا اتم) المسبوق المستخلف (صلاة الامام) بان انتهى الى السلام (يقدم مدركا) اي يستخلفه
و يجره مكانه (ليسلم بهم) اي القوم لانه عاجز عن التسليم ويقوم هو الى قضاء ما سبق (ثم لو فعل)
ذلك المسبوق (منافيا) اي ما ينافي الصلاة (بعده) اي بعد تمام صلاة الامام (يضره)
اي المسبوق (والاول) بالنصب اي يضره ذلك المنافي ويضر الامام الاول لانه وجد في خلال
صلاتهما (ان لم يكن) الامام الاول (فرغ) من صلاته (ولا يضر من فرغ) بان يتوضأ وادرك
خليفته بحيث لم يسبقه شيء واتم صلاته خلف خليفته فحينئذ لم تفسد صلاته لان فعل المسبوق
المستخلف منافي الصلاة بعد الاتمام في حقه وكذا لا يضر القوم اذ قد تمت صلاتهم (ولو قهقه
الامام عند الاختتام) اي بعد ماقعد قدر التشهد (او احدث عمدا) في ذلك الحين وانما قيد
عند الاختتام لانه قبله افسد صلاة الجميع بالاتفاق (فسدت صلاة من كان مسبوقا) قيد بالمسبوق
لان صلاة المدرك لاتفسد وفي صلاة اللاحق روايتان (لا ان تكلم او خرج من المسجد) اي لاتفسد
صلاة المسبوق بخروج امامه وكلامه بعد القعود ولا خلاف في الثاني وخالفا في الاول قياسا
للثاني لان صلاة المقتدي مبنية على صلاة الامام صحة وفسادا ولم تفسد صلاة الامام (اتفاقا
في الكل) وكذا المقتدي وفرق الامام بان الحدث مفسد للجزء الذي يلاقيه من صلاة الامام
فيفسد مثله من صلاة المقتدي غير ان الامام لايحتاج الى البناء والمسبوق محتاج اليه والبناء
على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في معناه ولهذا لايخرج المقتدي منها بسلام
الامام وكلامه فيسلم و يخرج بحدثه عمدا فلا يسلم بعده كما في المنح والمصنف لم يذكر في هذه المسئلة
خلافا وهو مذكور في اكثر الكتب اخذا بقول الامام (ومن سبقه الحدث في ركوع او سجود

اعادهما) بعد التوضئ (حتما ان بنى) لان تمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلابد من الاعادة (ومن تذكر سجدة) نسيها في هذه الصلاة (في ركوع او سجود فسجدها) اى قضاها في ذلك الركوع او السجود (ندب اعادتهما) ليقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن ولا تجب عليه اعادتهما خلافا لابى يوسف لان القومة التى بين الركوع والسجود عنده فرض (ومن ام فردا فاحدث فان كان المأموم رجلا) صالحا (تعين للاستخلاف وان) وصلية (لم يستخلفه) لما فيه من صيانة الصلاة اذ خلو مكان الامام عن الامام يفسد صلاة المقتدى حتى لو احدث الامام فلم يقدم احدا حتى خرج من المسجد تفسد صلاة القوم وتعيين الامام لقطع المزاحمة عند كثرة القوم وهو متعين للاستخلاف بلا مزاحم فلا حاجة الى الاستخلاف (والا) اى وان لم يصلح المأموم للامامة مثل المرأة والصبى والخنثى (فقيل يتعين) ذلك الفرد (فتفسد صلوتهما وقيل لا تفسد) وجه فساد صلوة الامام استخلافه من لا يصلح للامامة وعلة فساد صلوة المأموم خلو مكان الامامة عن الامام (والاصح انه لا يتعين فتفسد صلوته) اى صلوة المأموم فقط (دون) صلوة (الامام) لان الامام منفرد فلا تبطل صلوته بالخروج عن المسجد عند الحدث والمقتدى يكون مقتديا بمن هو خارج المسجد فتبطل صلوته (ولو حصر) الامام (عن القراءة جاز له الاستخلاف) عند الامام (خلافا لهما) والخلاف فيما اذا لم يقرأ ما تجوز به الصلوة اما اذا قرأ فعليه ان يركع ولا يجوز الاستخلاف اجماعا

﴿ باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها ﴾

لما فرغ من العوارض الجبرية المسماة بالسماوية شرع في بيان العوارض الاختيارية المسماة بالمكتسبة وقدم السماوية لاصالتها (يفسدها التكلم ولو سهوا) واقتصر المصنف على قوله سهوا مع ان الخطاء والنسيان داخلان في الحكم لعدم التفرقة بينهما شرعا كما لم يفرق بينهما صاحب الهداية (او في نوم) وهو قول كثير من المشايخ وهو المختار وفي الفتح واختار فخر الاسلام وغيره انه لا تفسد وقال الشافعى لا تفسد في الخطاء والنسيان اذا كان التكلم قليلا (وكذا) اى ويفسدها (الدعاء بما يشبه كلام الناس وهو ما يمكن طلبه منهم) خلافا للشافعى ومر بيانه في صفة الصلوة (والانين) صوت المتوجع قيل هو ان يقول آه بالمد وكسر الهاء (والتأوه) ان يقول اوه بضم الهمزة وسكون الواو وكسر الهاء (والتأفيف) ان يقول اف بضم الهمزة وكسر الفاء المشددة بالتنوين وبدونه ولغاته اكثر من العشرة كما في الرضى (ولو كانت بحرفين) اى يفسدها ولو كانت بحرفين (خلافا لابى يوسف) وفي المجتبى الصحيح ان خلافه انما هو في المخفف وفي المشدد تفسد عندهم انتهى وفي الخلاصة ان الاصل عنده ان في الحرفين لا تفسد صلوته وفي اربعة احرف تفسد وفي ثلثة احرف اختلف المشايخ فيها والاصح انها لا تفسد هذا يخالف ما في المجتبى تدبر (والبكاء بصوت) ويحصل به حروف وفيه اشعار بانه لو خرج الدمع بلا صوت لم تفسد وهذه الاربعة تفسدها ان كانت (لوجع او مصيبة) فصار كانه يقول انا مصاب فعزونى ولو صرح به تفسد الصلوة لكونه من كلام الناس (لا) اى هذه المذكورات لا تفسدها ان كانت (لذكر جنة اونار) فصار كانه يقول اللهم انى اسئلك الجنة واعوذ بك من النار ولو صرح به لا تفسد لكونه دعاء لا يمكن طلبه من الناس (و) يفسدها (التنحنح بلا عذر) هو ان يقول اح اح بالفتح والضم وانما يفسد لانه حصل منه الحروف بلا عذر ولا غرض صحيح (خلافا لابى يوسف) في الحرفين وانما قيد بلا عذر لانه بعذر كمن له سعال لا يبطل الصلوة بلا خلاف وان حصل به حروف ولو قال بلا عذر او غرض صحيح لكان اولى لانه كان لغرض صحيح كتحسين صوته للقراءة او للاعلام انه في الصلوة او ليهتدى امامه عند خطائه فالصحيح عدم الفساد كما في التبيين وغيره وقيل عدم الفساد مطلقا لانه ليس بكلام (وتشميت عاطس) التشميت بالمهملة عند ابى العباس لانه مأخوذ

من السمت وهو القصد وبالمعجمة عند ابي عبيدة وهو افصح لانه اعلى في كلامهم واكثر وهو ان يقول المصلي للعاطس يرحمك الله ولو قال لنفسه لا تفسد لانه بمنزلة يرحمني الله كما في الظهيرية واما اذا قال احدهما الحمد لله لا تفسد عند الاكثر (وقصد جواب بالحمدلة او الهيللة او السبحلة والاسترجاع او الحولقة) صورته رجل اخبر المصلي بما يسره اوقال هل مع الله آلهة اخرى او اخبر بما يتعجب منه او اخبر بموت رجل او اخبر بما يسوءه فقال المصلي الحمد لله اوقال لا اله الا الله او سبحان الله او انا لله وانا اليه راجعون او لا حول ولا قوة الا بالله مريدا به جوابه تفسد صلوته عند الطرفين لانه اخرجه جوابا له وهو صالح له لانه يستعمل في موضعه عرفا (خلافا لابي يوسف) لان هذه الالفاظ ثناء باصله فلا يخرج بارادة الجواب عن الثناء كما لا يصير كلام الناس بالقصد ثناء لكن الصحيح قولهما (ولو اراد) المصلي (بذلك) اي باحد المذكورات (اعلامه) انه في الصلوة (لا تفسد اتفاقا) لقوله عليه الصلوة والسلام اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح (ولو فتح) المصلي (على غير امامه فسدت) صلوة نفسه سواء كان ذلك الغير في الصلوة اولا لانه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس الا ان ينوي التلاوة دون التعليم وفيه اشارة الى ان صلوة المفتوح عليه لم تفسد بالاخذ والى انه لا يشترط تكرار الفتح للفساد وفي الاصل انه يشترط والاول الصحيح كما في التبيين (لا) اي لا تفسد (ان فتح على امامه مطلقا) سواء كان قرأ مقدار ما يجوز به الصلوة اولم يقرأ او تحول الى آية اخرى اولم يتحول (في الاصح) وعليه الفتوى احتراز عن قول بعض المشايخ انه اذ قرأ مقدار ما يجوز به الصلوة او انتقل الى آية اخرى ففتح تفسد صلوة الفاتح وان اخذ الامام منه تفسد صلوة الامام ايضا لان هذا الفتح لم يكن كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال صلوته معنى لكن ينبغي للمقتدي ان لا يعجل الفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا قرأ مقدار ما يسقط به الفرض والا انتقل الى آية اخرى (و) يفسدها (السلام عمدا) وان لم يقل عليكم وانما قيد بالعمد لان السلام سهوا غير مفسد لكن ليس على اطلاقه بل للخروج من الصلوة ساهيا قبل اتمامها والمعنى انه يظن انه اكمل لا السلام على انسان سهوا اذ قد صرحوا انه اذا سلم سهوا على انسان فقال السلام ثم علم فسكت تفسد صلوته كما قاله الكمال في مقدمته وبهذا التحقيق يندفع ما قيل من ان اطلاق صاحب الكافي وصاحب الكنز شامل للسهو والعمد فتلزم المخالفة انتهى لان شمول اطلاقهما السهو يمكن بحمل السلام على انسان هنا فلا حكم بالمخالفة تدبر (ورده) اي يفسدها رد السلام سواء كان ساهيا او عامدا لانه ليس من الاذكار بل هو كلام ولو قيده بلسانه لكان اولى لان رده بيده او برأسه او باصبعه لا يفسد صلوته وهو الصحيح على انه ذكر في فصل الكراهة عدم الفساد بالاشارة باليد (و) تفسدها (قراءته من مصحف) عند الامام قليلا او كثيرا كما في الجامع وقيل ان قرأ آية وقيل ان قرأ قدر الفاتحة لان حمل المصحف ووضعه عند الركوع ورفعه عند القيام وتقليب اوراقه عمل كثير وان التلقي من المصحف شبيه بالتلقي من المعلم فعلى التعليل الاول تجوز الصلوة بالقراءة من الموضوع على شيء وعلى الثاني لا تجوز وعليهما تجوز صلوة من يحفظ القرآن اذا قرأ من مصحف من غير حمل كذا في الشمني وغيره لكن اطلاق المصنف مشير الى ان الحافظ وغيره سواء تدبر (خلافا لهما) اي لا تفسد قراءة المصلي من المصحف عندهما والشافعي لان القراءة عبادة والنظر في المصحف عبادة اخرى والعبادة الواحدة غير مفسدة فكيف اذا انضمت الى اخرى الا انه يكره لانه تشبه بصنيع الكفار كما في اكثر الكتب وفيه كلام لان التشبه مطلقا لا يكره لانا نأكل كما يأكلون بل انما هو التشبه فيما كان مذموما وفيما يقصد به التشبه فعلى هذا لو لم يقصد لم يكره عندهما كما في البحر (واكله وشربه) يفسد انها مطلقا عامدا كان المصلي او ناسيا فرضا كانت

الصلوة ونفلا وقيل يجوز الشرب في النفل قيل ينبغي ان يكون النسيان عفوا كما في الصوم اجيب
بانها ليست كالصوم لان حالتها مذكرة دون حالته ولو اكل سمسمة من خارج فسدت صلوته
وكذا لو وقعت في فيه قطرة مطر فابتلعها (وسجوده على نجس) اي يفسدها عند الطرفين
(خلافا لابي يوسف فيما اذا اعاده على طاهر) يعني يقول اذا سجد على نجس يفسد السجدة
لا الصلوة حتى لو اعادها على موضع طاهر صحت السجدة ايضا لان اداءها على النجاسة كالعدم
كما لو ترك سجدة فاداها بعد فراغه جازت صلوته ولهما فساد الكل لفساد جزئه بخلاف تركها
فان الجزء لم يفسد بل ترك (والعمل الكثير) واختلف في حده قيل هو ما يحتاج الى اليدين وقيل
ما يشك الناظر انه عامله في الصلوة اولا وهو اختيار العامة وقيل ما يكون ثلثا متواليا حتى لو روح
على نفسه بمروحة ثلثا او حك موضعا من جسده ثلثا فسدت ان على الولاء وقيل ما يكون مقصودا
للفاعل بان يفرد له مجلس على حدة كما اذا مس زوجته بشهوة فانه مفسد وقيل ما يستكثره المصلي
قال السرخسي هذا اقرب الى مذهب الامام فان دأبه في مثله التفويض الى رأى المبتلى به
(وشروعه في غيرها) اي يفسدها شروع المصلي في صلوة غير ما صلى صورتها صلى ركعة من
الظهر مثلا ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غير ما هو فيه
فيخرج عما هو فيه فيتم الثانية ولا تحتسب منها الركعة التي صلاها قبلها (لا شروعه فيها ثانيا)
اي لا يفسدها افتتاح الظهر بعد ما صلى من الظهر ركعة بل يبقى على ما كان عليه حتى يجتزئ
بتلك الركعة حتى اذا لم يقعد في الرابعة التي هي ثالثة عنده فسدت صلوته لانه نوى الشروع في عين
ما هو فيه الا اذا كبر ينوي امامة النساء او الاقتداء بالامام او كان مقتديا نوى الانفراد فحينئذ يصير
شارعا فيما كبر ويبطل ما مضى من صلوته للتغاير ولو قيد اذا لم يتلفظ بلسانه لكان اولى لانه لو نوى
بقلبه وتلفظ بلسانه فسدت الاولى وصار مستأنفا للمنوي ثانيا مطلقا لان الكلام مفسد (ولا
ان نظر الى مكتوب وفهمه) يعني اذا كان قدام المصلي شئ مكتوب على الجدار او كتاب منشور
او غير ذلك فنظر فيه وفهم معناه فالصحيح انه لا يفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف
لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد لان المقصود هنالك الفهم اما فساد الصلوة
فبالعمل الكثير كما في الهداية (او اكل ما بين اسنانه دون الحمصة) لعدم امكان الاحتراز عنه فيتبع
ريقه ضرورة ولهذا لا يفسد الصوم وقيل ما دون ملء الفم حتى لو ابتلع شيئا بين اسنانه قدر
الحمصة لا تفسد كما في المحيط وكذا لو ابتلع عينا من السكر قبل الشروع ثم ابتلع حلاوته لم تفسد
(وتفسد في قدرها) اي الحمصة لانه بمنزلة ما يؤكل من الخارج (وان مر مار في موضع سجوده
اذا كان على الارض او حاذى الاعضاء الاعضاء اذا كان على الدكان اثم المار ولا تفسد) يعني
شرط في كون المار آثما ان يمر في موضع سجوده اذا كان المصلي قائما على الارض او ان يحاذي
جميع اعضائه اعضاء المصلي كما عند البعض او اكثرها عند الاخر اذا كان المصلي قائما على مكان
مرتفع دون قامة حتى لو كان المكان بقدر قامة الرجل فلا يأثم وفي تفسير موضع السجود تفصيل
(فاعلم ان الصلوة ان كانت في المسجد الصغير وهو اقل من ستين ذراعا وقيل من اربعين فالمرور
امام المصلي حيث كان يوجب الاثم لان المسجد الصغير مكان واحد فامام المصلي حيث كان في حكم
موضع سجوده وان كانت في المسجد الكبير او في الصحراء فعند بعض المشايخ ان مر في موضع
السجود يأثم والا فلا وعند البعض الموضع الذي يقع عليه النظر اذا كان المصلي ناظرا في موضع
سجوده في حكم موضع السجود فيأثم بالمرور في ذلك الموضع كما في شرح الوقاية وقيل في الصحراء
انه يأثم في مقدار صفين او ثلثة وقيل ثلثة اذرع وقيل خمسة وقيل اربعين وقيل خمسين (وينبغي
للمصلي ان يغرز امامه في الصحراء سترة) لقوله عليه الصلاة والسلام ليستتر احدكم ولو بسهم (وطول

ذراع وغلظ اصبع) لان مادونه لايبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود (ويقرب منها) اى ينبغى ان يكون المصلى قريبا من السترة (ويجعلها على احد حاجبيه) اى الايسر او الايمن وهو افضل لان الاثر ورد به (ولا يكفى الوضع) اى لا يكفى وضع السترة على الارض بدلا عن الغرز (ولا) يكفى (الخط) بان يرسم على الارض هذا اذا كانت الارض بحيث يغرز فيها وان كانت صلبة اختلفوا فيه فقيل توضع وقيل لا واما الخط فقط اختلفوا فيه حسب اختلافهم فى الوضع اذا لم يكن معه مايغرزه او يضعه فالمانع يقول لا يحصل المقصود به اذ لا يظهر من بعيد والمجيز يقول ورد الاثر به وهو مافى ابى داود اذا صلى احدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئا فان لم يجد فلينصب عصا وان لم يكن معه عصا فليخط خطا ولا يضره مامر امامه واختار المصنف خلاف هذا لكن الاولى اتباع الاثر مع انه يظهر فى الجملة اذ المقصود جمع الخاطر بربط الخيال به كيلا ينتشر قال ابو داود قالوا الخط بالطول وقالوا بالعرض كما فى الفتح (ويدرأ) اى يدفع المصلى (المار) بين يديه (بالاشارة) بالرأس او العين او اليد كما فعل النبى عليه الصلوة والسلام بولدى ام سلمة (او بالتسبيح) للحديث الذى ذكرناه آنفا (لا بهما) اى لا يجمع بينهما فانه مكروه وكذا لا يدرأ باخذ الثوب ولا بالضرب الوجيع (ان عدمت السترة او قصد) المار (المرور بينه) اى بين المصلى (و بينها) اى بين السترة (وجاز تركها) اى السترة اذا عدم الداعى اليها وذلك (عند امن المرور) لان اتخاذ السترة للحجاب عن المار ولا حاجة عند عدم المار لكن الاولى اتخاذها لمقصود آخر وهو كف بصره عما وراءها وجمع خاطره بربط الخيال بها (وسترة الامام مجزئة) اى كافية (عن القوم) وان كان مسبوقا كما هو ظاهر الاحاديث الثابتة فى الصحيحين من الاقتصار على سترته عليه الصلاة والسلام وهى سترة للقوم (ولو صلى على ثوب بطانته نجسة صح) ما صلى (ان لم يكن) الثوب (مضربا) اى مخيطا ما بين جانبيه بخيوط ما وكانت جوانبه مخيطة ولم يكن وسطه مخيطا فلا لكونه فى حكم ثوبين كما فى شرح المجمع (وكذا لو صلى على الطرف الطاهر من بساط طرف منه نجس) اى لو كان طرف منه طاهرا وطرف آخر نجسا فصلى على الطرف الطاهر صحت صلوته لطهارة مكانها (سواء تحرك احدهما) اى احد طرفيه (بحركة الآخر او لا) وفى الخلاصة لو صلى على خشب وفى جانبه الآخر نجاسة ان كان غلظ الخشب بحيث يقبل القطع يجوز والا فلا

﴿فصل﴾ لما فرغ عن بيان مايفسد الصلوة شرع فى بيان ما يكره فيها لان كلا منهما من العوارض الا انه قدم المفسد لقوته (وكره عبثه) اى لعبه والضمير راجع الى المصلى بقرينة المحل (بثوبه او بدنه) لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى كره لكم ثلثا متواليا وذكر منها العبث فى الصلوة ولان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك فيها وكراهته تحريمية حتى لو كثر فسدت صلوته لكونه عملا كثيرا قيل العبث الفعل الذى فيه غرض لكنه ليس بشرعى والسفه مالا غرض فيه اصلا وقيل العبث عمل ليس فيه غرض صحيح ولا منازعة فى الاصطلاح (وقلب الحصى الا مرة لتمكينه السجود) للنهى عنه ابتداء والرخصة فى المرة قال عليه الصلوة والسلام يا اباذر مرة اوذر ولان فيه اصلاح صلوته (وفرقعة الاصابع) هى ان يغمزها او يمدها حتى تصوت وكذا يكره تشبيكها هو ان يدخل اصابع احدى يديه بين اصابع الاخرى فى الصلوة (والتخصر) هو وضع اليد على الخاصرة وهو الصحيح وبه قال الجمهور وقيل هو الاتكاء على العصا وقيل هو ان لايتم صلوته فى ركوعها وسجودها وحدودها وقيل ان يختصر السورة فيقرأ آخرها (والالتفات) بان يلوى عنقه حتى لم يبق وجهه مستقبل القبلة واما النظر بمؤخرة عينيه يمنة و يسرة من غير ان يلوى عنقه فلا بأس به كما فى اكثر الكتب وفى الخلاصة خلاف هذا وعبارته ولو حول وجهه عن القبلة من غير عذر فسدت وجعل فيها الالتفات المكروه ان يحول بعض وجهه

عن القبلة انتهى لكن الاشبه ما فى اكثر الكتب من ان الالتفات المكروه اعم من تحويل جميع الوجه
او بعضه فلا تفسد بل تفسد بتحويل صدره (والاقعاء) وهو عند الطحاوى ان يقعد على اليتيه وينصب
فخذيه ويضم ركبتيه الى صدره ويضع يديه على الارض وعند الكرخى ان ينصب قدميه ويقعد على
عقبيه واضعا يديه على الارض قال الزيلعى والاول هو الاصح لكن كلاهما مكروهان كما قال بعض
الفضلاء (وافتراش ذراعيه) بلا عذر ومعه لا يكره لقول ابى ذر نهانى خليلى عن ثلث ان انقر نقر الديك
وان اقعى اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب وهو بسط ذراعيه على الارض (ورد السلام
بيده) وفى المجمع خلافه لانه قال اورد السلام بلسانه او يده فسدت لكن الاصح ما قاله المصنف
وفى الرأس روايتان فى رواية يكره وفى رواية لا وهو قول الشافعى (والتربع بلا عذر) لترك السنة
فى الصلوة لا لما قيل من انه تجبر لتربعه عليه السلام خارج الصلوة مع اصحابه فى بعض احواله
وقيد بلا عذر لانه بعذر لا يكره (وكف ثوبه) وهو رفعه من بين يديه او من خلفه اذا اراد
ان يسجد لانه فيه ترك السنة سواء كان يقصد رفعه عن التراب اولا وقيل لا بأس بصونه عن التراب
(وسدله) وهو ان يجعل ثوبه على رأسه او كتفيه ويرسل جوانبه ومنه ان يجعل القباء على كتفيه
ولم يدخل يديه فى كمه حتى اذا ادخل يديه فى كميه لا يكره وفى الخلاصة اذا لم يدخل اليد فى كم الفرجى
والمختار انه لا يكره وقيل ما ذكر اولا فى الطيلسان لانه فعل اهل الكتاب (والتثاوب) وهو حالة
تعرض على الانسان عند الكسل (والتمطى) اى التمدد وهو مد يديه وابداء صدره لانه من سوء
الادب (وتغميض عينيه) للنهى عنه الا اذا قصد قطع النظر عن الاغيار والتوجه الى جناب
الملك الستار قال صاحب الفرائد ليت شعرى لم نهى عنه وله فى جمع الخاطر فى الصلوة مدخل
عظيم تدل عليه التجربة ونحن مأمورون بجمع الخاطر فرحم الله امرأ بين سر وجه النهى عنه
انتهى وسره ان من السنة ان يرمى ببصره الى موضع السجود وفى التغميض ترك هذه السنة لان
كل عضو وطرف ذو حظ من هذه العبادة وكذا العين وفى التغميض ترك هذه السنة لانه تخل
للادب تدبر (والصلوة) حال كونه (معقوص الشعر) وهو ان يجمعه على الرأس ثم يشده
بشئ حتى لا ينحل وهذه فى الصلوة للنهى عنه وقال العلماء وحكمة النهى عنه ان الشعر يسجد معه
(او حاسر الرأس) اى كاشفا اياه وهذا اذا كان للتكاسل وقلة رعايتها لا للاهانة بها لانها كفر
(لا تذللا) اى لا يكره اذا كان لتذلل (او فى ثياب البذلة) عطف على حاسر لان فى الحال
معنى الظرفية وهى ما يلبس فى البيت ولا يذهب به الى الاكابر لانها لا تخلو عن النجاسة القليلة
وعن الاوساخ الكريهة (ومسح جبهته فيها) اى فى الصلوة (من التراب) لانه اشتغال بعمل غير لائق
للصلوة وازالة لاثر السجدة المشعرة لقرب الله تعالى وذكر فى الخلاصة عدم الكراهة لكن الصحيح
ما فى المتن (ونظره الى السماء) لانه تشبه بالمجسمة وعبدة الكواكب والتفات الى غير موضع
نظر المصلى (وعد الآى) جمع آية (و) عد (التسبيح بيده) عند الامام لان ذلك ليس من اعمال
الصلوة (خلافا لهما) فانهما قالا لا بأس به لان المصلى يضطر الى ذلك لمراعاة سنة القراءة
والعمل بما جاءت به السنة فى صلوة التسبيح قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغنى عن العد
بعده واما فى صلوة التسبيح فلا ضرورة ايضا الى العد باليد لانه يحصل بغمز رؤس الاصابع
وافاد اطلاقه الشمول الفرائض والنوافل جميعا باتفاق اصحابنا فى ظاهر الرواية كما فى المنح قيل
الخلاف فى المكتوبة وقيل فى التطوع وقال ابو جعفر عن اصحابنا انه يكره فيهما وقيد باليد لان العد
بالقلب لا يكره اتفاقا والعد باللسان يفسد اتفاقا (وقيام الامام فى طاق المسجد) اى محرابه
ممتازا عن القوم لما فيه من التشبه باهل الكتاب كما فى اكثر الكتب ولا يخفى ان امتياز الامام مقرر مطلوب
فى الشرع فى حق المكان حتى كان التقدم واجبا عليه وغاية ما هنالك كونه فى خصوص مكان

ولا اثر لذلك فانه بني في المساجد المحاريب من لدن رسول الله عليه الصلوة والسلام ولو لم تبن
كانت السنة ان يتقدم في محاذاة ذلك المكان لانه يحاذي وسط الصف وهو المطلوب اذ قيامه في غير
محاذاته مكروه وغايته اتفاق الملتين في بعض الاحكام ولا بدع فيه على ان اهل الكتاب انما يخصون
الامام بالمكان المرتفع على ما قيل فلا تشبه كما في الفتح وذهب ابو جعفر الى ان فيه اشتباه الحال على
من على يمينه و يساره والتقدم شرع للتيسير على القوم ليظهر حاله لهم فاذا افضى الى خلاف
موضوعه كره فعلى هذا لا يكره عند عدم الاشتباه لكن مقتضى ظاهر الرواية كراهة قيامه مطلقا
سواء اشتبه حال الامام لا فالالائق لنا ان نجتنب عنها وعند الائمة الثلاثة لا يكره قيامه (وانفراده على الدكان)
وهو المكان المرتفع والقوم على الارض ثم قدر الارتفاع قامة الرجل ولا بأس بما دونها لكن اطلاقه
شامل لما دونها وهو ظاهر الرواية لاطلاق النهي وقيل مقدار ذراع وعليه الاعتماد وفي الغاية
هو الصحيح وفي الفتح هو المختار (او الارض) اي انفراده على الارض والقوم على الدكان لانه
ازدراء بالامام وان كان مع الامام بعض القوم لا يكره فيهما في الصحيح (والقيام خلف صف فيه)
اي في ذلك الصف (فرجة) فان لم يكن فيه فرجة لم يكره كما في التحفة هذا اذا كان هو في الصف
الاخر وان كان منفردا يكره وان لم يجد فرجة امامه فحينئذ ينبغي ان يجذب احدا من الصف اولا
ثم يكبر كما في الاصلاح والاصح ان ينتظر الى الركوع فان جاء رجل والا جذب رجلا لكن الاولى
في زماننا القيام وحده لغلبة الجهل العوام فانه اذا جذب احدا ربما افسد صلوته وقال الزاهدي دخل
فرجة الصف احد فتجانب المصلي توسعة له فسدت صلوته لانه امتثال لغير الله في الصلوة (ولبس
ثوب فيه تصاوير) وهو في نفسه مكروه لانه يشبه حامل الصنم فكيف في الصلوة (وان يكون
فوق رأسه) اي في سقف (او بين يديه) بان تكون معلقة او موضوعة في حائط القبلة (او بحذائه)
اي على احد جنبيه (صورة) واختلف فيما اذا كان خلفه والاظهر الكراهة لان تنزيه مكان الصلوة
عما يمنع دخول الملائكة مستحب فعلى هذا ينبغي ان يكون البساط المصور في البيت مكروها وان
كان تحت القدم كما في التسهيل وفيه كلام لانه لا كراهة في ترك المستحب والوجه ان يقال لما فيه
من التعظيم لها والتشبه بعبادتها فلهذا قالوا واشدها كراهة ان تكون امام المصلي ثم فوق رأسه
ثم عن يمينه ثم عن يساره ثم خلفه فلا يكره ان كانت تحت قدميه لعدم التعظيم تأمل (الا ان تكون
صغيرة) جدا بحيث (لا تبدو للناظر) اليها الا بعد تدقيق (او لغير ذي روح) مثل الاشجار
والازهار (او مقطوع الرأس) اي ممحوة فانها اذا كانت كذلك لا تعبد فلا تكره ولو قطع يداها
او رجلاها لا ترتفع الكراهة وكذا الواذيل الحاجبان والعينان واعلم ان الصلوة التي اديت مع الكراهة
التحريمية تعاد على وجه غير مكروه وفي المضمرات اذا دخل فيها نقصان او كراهة فالاولى الاعادة
وقال الولوالجي اذا لم يتم ركوعه وسجوده يؤمر بالاعادة في الوقت لا بعده وقال ابو يوسف الترجماني
ان الاعادة اولى في الحالين وقال بعض الفضلاء ان الكراهة اذا كانت في ركن فالاعادة مستحبة
وفي جميع الاركان واجبة وهذا حسن جدا (لا) اي لا يكره (قتل الحية والعقرب) في الصلوة
سواء كانت جنية وهي بيضاء لها ضفيرتان تمشي مستوية او غير جنية وهي سوداء تمشي ملتوية
لقوله عليه الصلوة والسلام اقتلوا الاسودين اي العقرب والحية ولا يخفى انه يدل على اباحة قتل
الجنية وغيرها وقيل لا يحل قتل الجنية كما في غيرها الا اذا قيل خل طريق المسلمين فان ابت
فحينئذ تقتل والطحاوي يقول انه فاسد من حيث ان النبي عليه الصلوة والسلام عاهد الجن بان
لا يظهروا لامته في صورة الجن ولا يدخلوا بيوتهم فاذا نقضوا العهد يباح قتلها وذكر صدر الاسلام
الصحيح ان يحتاط في قتلها حتى لا يقتل جنيا فانهم يؤذونه اذاء كثيرا وان واحدا من اخواني اكبر
سنا مني قتل حية كبيرة بسيف في دارنا فضرب به الجن حتى جعلوه بحيث لا يحرك رجلاه قريبا من الشهر

ثم عالجناه بارضاء الجن حتى تركوه فزال مابه وهذا مما عاينته كما في النهاية هــذا اذا خشى ان تؤذيه والا فيكره فتلها (وقيام الامام في المسجد ساجدا في طاقه) فانه لايكره لان العبرة للقدم (والصلوة) متوجها (الى ظهر قاعد يتحدث) هذا رد لمن قال كره ذلك لما روى ان النبى عليه الصلوة والسلام نهى ان يصلى وعنده قوم يتحدثون وتأويل ذلك عندنا اذا رفعوا اصواتهم على وجه يخاف وقوع الغلط في الصلاة والا فالاصحاب رضى الله تعالى عنهم كان بعضهم يصلون و بعضهم يقرؤن القرآن و بعضهم يتعلمون الفقه و لم يمنع عن ذلك رسول الله عليــه الصلوة و السلام كما في العناية وقيد بالظهر لان الصــلاة بالوجه مكروه (والى مصحف اوسيف معلق) اى لايكره ان يصلى وامامه مصحف اوسيف سواء كانا معلقين او بين يديه لانهما لايعبدان والكراهة باعتبارها هذا رد لمن قال كره ذلك وعلل بان السيف آلة الحرب وفيه بأس شديد فلايليق تقديمه في مقام الابتهال وفي استقبال المصحف معلقا تشبه باهل الكتاب والجواب ان استقبالهم اياه للقراءة منــه لالانه من افعال تلك العبادة وهو مكروه عندنا بل مفسد والتقييد بالمعلق ليبان محل الخلاف لا لما توهم البعض فانه قال وذكر التعليق باعتبار العادة تدبر (اوالى شمع اوسراج) اذ لايعبدان لان المجوس يعبدون الجمر لااللهب وقيل يكره (اوعلى بساط ذى تصاوير ان لم يسجد عليها) اذ الاداء عليه اهانة ولايكره كما في التسهيل لكن بين هذا و بين قوله ينبغى ان يكون البساط المصور في البيت مكروها وان كان تحت القــدم تناقض فليتأمل (وكره البول و التخلى) اى التغوط (والوطئ فوق مسجد) لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء لمن تحته والمراد كراهة التحريم وانما ذكر هــذه مع انها تتعلق بالمسجد استطرادا (وغلق بابه) اى باب المسجد لانه شبه المنع عن الصلوة وهو حرام والغلق بالسكون اسم من الاغلاق كما في الصحاح و بفتحتين بمعنى المغلاق واما بفتحتين بمعنى مايغلق به البــاب ويفتح بالمفتاح فمجاز كما في القهستانى (والاصح جوازه عند الخوف على متاعه) و في العينى ولايكره وعليــه الفتوى لكثرة اللصوص في هذا الزمان والحكم قد يختلف باختلاف الزمان و قيل اذ تقــارب الوقتان كالمغرب و العشاء لايغلق واذا تباعد كالعشاء والفجر يغلق (ويجوز نقشــه بالجص وماء الذهب) وغــير ذلك الا انه لاينبغى ان يتكلف لدقايق النقش في المحراب والجــدار الذى قــدام المصلين وفي الفتح دقايق النقوش ونحوها مكروه خصوصا في المحراب وفيــه اشارة الى انه لايثاب ويكفيه ان ينجو راسا براس كما قاله السرخسى وقيل يكره لقوله عليه الصلوة والسلام من اشراط الساعة تزيين المساجد وقيل يثاب لما فيه من تكثير الجماعة لانه لو لم يكن من طيب ماله يلوث بيته تعالى هذا اذا فعل من مال نفسه واما اذا فعله من مال الوقف يضمن الان يشترط الواقف هذا في زمانهم واما في زماننا لو صرف ما يفضل من العمارة الى النقش يجوز لان الظلمة يأخذون ذلك كما في النهاية وليس بمستحسن كتابة القرآن على المحاريب والجدران لما يخاف من سقوط الكتابة وان توطأ (و) يجوز (البول ونحوه فوق بيت فيه مسجد) وهو مكان في البيت اعد للصلاة فانه لم يأخذ حكم المسجد ولهذا لايصح الاعتكاف فيــه الا للنساء ولايخفى ان الفوق ههنا اتفاقى فلايكره في العرصة والفناء والبناء له وفي المحيط والصحيح ان مصلى الجنازة ليس بمسجد لانه ما اعــد للصلاة حقيقة واختلفوا ايضا في مصلى العيــد والصحيح انه مسجد في جواز الاقتداء وان انفصل الصفوف لانه اعد للصلاة حقيقة

﴿ باب الوتر والنوافل ﴾

لما فرغ من بيان الفرائض وما يتعلق بها شرع فيما يليها في الرتبة وهو الوتر ثم فيما يليه وهو النفل والوتر بالكسر الفرد و بالفتح العدد ويقــال الكسر لغة الحجاز والفتح لغــة غيرهم والنافلة عطية التطوع من حيث لايجب ومنــه نافلة الصلاة (الوتر واجب) عند الامام وهو آخر اقواله لقوله عليه السلام ان الله زادكم صلاة الا وهى الوتر فادوها بين العشاء الاخيرة وطلوع الفجر والزيادة

لاتكون الامن جنس المزيد عليه والامر بالاداء دليل الوجوب الاانه خبر واحد فلم يفد الفرضية علما فاوجب العمل فلهذا وجب قضاؤه وانما لايكفر جاحده اى لاينسب الى الكفر لانه دونه درجة من الفرضية كما فى بعض المعتبرات وفى المحيط وهو الصحيح وفى الخانية هو الاصح وفى النهاية ليس فى الوتر رواية منصوص عليها فى الظاهر وذكر فيه ثلث روايات اى فى غير الظاهر فرض وبه اخذ زفر وفى التحفة ثم رجع وواجب وسنة ووفق المشايخ بينها بما هو فرض عملا وواجب اعتقادا وسنة ثبوتا (وقالا سنة) وهو قول الشافعى لقوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى والوسطى هو الفرض المتخلل بين العددين المتساويين ولو كان الوتر فرضا لكانت الفرائض ستا والست لاوسطى لها ولقوله عليه السلام ثلث كتبت على ولم تكتب عليكم وهى لكم سنة الوتر والضحى والاضحى كما فى التسهيل لكن الاية تدل على عدم الفرض القطعى لا على عدم الواجب فلا يتم التقريب بها (وهو ثلث ركعات بسلام واحد) لما روى انه عليه السلام كان يوتر بثلاث لايسلم الا فى آخرهن رواه ابى وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم وعند الشافعى واحد ادناها ركعة واحدة واكثرها احدى عشرة اوثلث عشرة على ماذكره الزيلعى وادنى الكمال عند الشافعى ثلث بتسليمتين واحدة بعد الاولين وثانية بعد الثالثة (يقرأ) المصلى (فى كل ركعة منه) اى من الوتر (الفاتحة وسورة) بلا تعيين وفى الكرمانى انه عليه السلام كان يقرأ فى الاولى سبح اسم ربك الاعلى وفى الثانية قل يا ايها الكافرون وفى الثالثة قل هو الله احد وفى التجنيس لو ترك القراءة فى الركعة الثالثة منه لم يجز فى قولهم جميعا (ويقنت فى الثالثة دائما) اى فى كل السنة هذا احتراز عن قول الشافعى ومالك فانهما قالا لايقنت فى الوتر الا فى النصف الاخير من رمضان (قبل الركوع) وقال الشافعى بعده لما روى انه عليه السلام قنت فى آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ماروى انه عليه السلام قنت فى آخر الوتر قبل الركوع وما زاد على نصف الشئ آخره (بعد ما كبر ورفع يديه) يعنى اذا فرغ من القراءة فى الركعة الثالثة يكبر رافعا يديه ثم يقرأ دعاء القنوت عندنا ❊ اللهم انا نستعينك ونستغفرك ونستهديك ونؤمن بك ونتوب اليك ونتوكل عليك ونثنى عليك الخير كله نشكرك ولانكفرك ونخلع ونترك من يفجرك ❊ اللهم اياك نعبد ولك نصلى ونسجد واليك نسعى ونحفد نرجو رحمتك ونخشى عذابك ان عذابك بالكفار ملحق ❊ والمعنى ياالله نطلب منك العون على الطاعة ونطلب منك المغفرة لذنوبنا ونطلب منك الهداية ونؤمن بك اى بجميع تفاصيله ونتوكل عليك حق التوكل ونثنى من الثناء وهو المدح والانتصاب الخير على المصدر فيكون تأكيدا للثناء لان الثناء قد يستعمل فى الشر كقولهم اثنى على شرا ولانكفرك اى لانكفر نعمتك ونخلع اى نطرح ونترك ويتوجه الفعلان الى الموصول من يفجرك اى يخالفك والسعى الاسراع فى المشى وهو التوجه التام ونحفد بالكسر اى نعمل لك بطاعتك وملحق بالكسر اى لاحق وقيل المراد ملحق بالكفار قال المطرزى وهو الصحيح لكن الاول اولى ومن لايقدر على هذا يقول اللهم اغفر لى ثلثا وهو اختيار الامام ابى الليث او يقول اللهم ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار كما فى معراج الدراية وقال ابو يوسف يقرأ معه اللهم اهدنى فيمن هديت وعافنى فيمن عافيت وتولنى فيمن توليت وبارك لى فيما اعطيت وقنى شر ما قضيت انك تقضى ولايقضى عليك وانه لايذل من واليت ولايعز من عاديت تباركت ربنا وتعاليت فلك الحمد على ماقضيت ونستغفرك اللهم ونتوب اليك وقل رب اغفر وارحم وانت خير الراحمين (ولايقنت فى صلاة غيرها) اى غير صلاة الوتر عندنا قال الامام القنوت فى الفجر بدعة خلافا للشافعى فان القنوت فى صلاة الفجر فى الركعة الثانية بعد الركوع مسنون عنده فى جميع السنة لرواية انس رضى الله تعالى عنه انه عليه الصلوة والسلام كان يقنت فى صلاة الفجر الى ان فارق الدنيا ولنا حديث ابن مسعود رضى الله عنه انه عليه السلام قنت شهرا ثم تركه والترك دليل النسخ (ويتبع المؤتم) الحنفى فى القنوت اماما شافعيا (قانت الوتر

واو بعد الركوع) وكذا يتبع الساجد قبل السلام وفيه اشعار بان لايتابعه فى السلام اذا سلم على الركعتين
بل يتم صلاته كما فى القنية (ولايتبع) المؤتم الحنفى شافعيا (قانت الفجر) عند الطرفين لانه منسوخ
ولااتباع فى المنسوخ بل الاولى ان لايقتدى به فيها كما فى القهستانى (خلافا لابى يوسف) فانه يقول
يتابعه لان الاصل المتابعة والقنوت مجتهد فيه فلايترك الاصل بالشك فصار كتكبيرات العيدين
وفى هذه المسئلة دلالة على جواز اقتداء الحنفى بالشافعى اذا كان الامام يحتاط فى مواضع الخلاف كما بين
فى فصل الجماعة (بل يقف) متصل بقوله ولايتبع (ساكتا فى) القول (الاظهر) لان فعل الامام كان
مشتملا على مشروع وهو القيام وعلى غيرمشروع وهو قنوت فى الفجر فما كان مشروعا يتابعه
فيه وماكان غيرمشروع لاوقيد الاظهر احترازعن قول من قال يقعد تحقيقا للمخالفة (والسنة قبل)
فرض (الفجر) لما بين احكام الوتر شرع فى النوافل والنفل اعم من السنة مؤكدة وغيرمؤكدة وابتدأ
بسنة الفجر لانها اقوى السنن حتى روى الحسن عن الامام اوصلاها قاعدا من غير عذر لاتجوز وفى انفع
مسلم ركعتا الفجر خيرمن الدنيا ومافيها قالوا العالم اذا صار مرجع الفتوى يجوز له ترك سائر السنن
لحاجة الناس الاسنة الفجر وتقضى اذا فاتت معه بخلاف سائر السنن وفى البحر من انكر سنة الفجر
يخشى عليه الكفر وفى المبسوط ابتدأ بسنة الظهر لانها اول صلاة فى الوجود لان السنة تبع للفرض
(و بعد) فرض (الظهر و) بعد فرض (المغرب) فالافضل ما للظهر ثم المغرب وذهب الحلوانى الى
العكس فانه عليه السلام لم يدع سنة المغرب فى سفر ولاحضر (و) بعد فرض (العشاء) تأخيرها
يدل على انحطاطها عنهما (ركعتان) خبر السنة (و) السنة (قبل) فرض (الظهر) وفيه اشارة
الى انها دون العشاء كما قال الحلوانى وقيل آكد من غيرها بعد سنة الفجر وقيل هو الاصح لان فيها
وعيدا معروفا وهو قوله عليه السلام من ترك اربعا قبل الظهر لم ينله شفاعتى ولذا قيل ان الاشتغال
بها افضل من التعلم وفى التجنيس وغيره رجل ترك سنن الصلوة الخمس ان لم ير السنن حقا فقد
كفر لانه استخفاف وان رأى حقا فالصحيح انه يأثم لانه جاء الوعيد بالترك (و) قبل (الجمعة)
اربع بلا خلاف (وبعدها اربع) بتسليمة فلوصلى بتسليمتين لم يعد من السنة لانه عليه السلام
سئل عن هذه الاربع بتسليمة ام بتسليمتين فقال بتسليمة واحدة من غير فصل بين الظهر والجمعة وفيه
خلاف الشافعى فى الشمنى ان كل صلاة بعدها سنة يكره له القعود بعدها بل يشتغل بالسنة لكن
يشكل بما روى انه عليه السلام كان اذا سلم يمكث مقدار مايقول اللهم انت السلام ومنك السلام
واليك يعود السلام تباركت وتعاليت ياذا الجلال والاكرام ويتنقل عن الحلوانى انه قال لابأس
بان يقرأ بين الفريضة والسنة اوراده الا ان يقال ان ما فى الشمنى محمول على القعود الذى لاقراءة
فيه ولاذكر تدبر وفى القنية الكلام بعد الفرض لايسقط السنة ولكن ينقص ثوابه وكل عمل
ينافى التحريمة ايضا وهو الاصح وفى الخلاصة لوصلى ركعتى الفجر اوالاربع قبل الظهر
واشتغل بالبيع والشراء اوالاكل فانه يعيد السنة امابأكل لقمة او شربة فلا (وعند ابى يوسف
بعد الجمعة ست) يصلى اربعا و بعده ركعتين بتسليمتين وبه اخذ الطحاوى واكثر المشايخ منا وبه
يعمل اليوم وفى الاختيار بتسليمة وروى عن بعض المشايخ الافضل ان يصلى مرة اربعا
ومرة ستا جمعا بينهما (وندب) اى حبب (الاربع قبل العصر او ركعتان) لاختلاف
الآثار والاخبار لكن افضلية الاربع اظهر (والست بعد المغرب) تسمى صلاة الاوابين
قال عليه الصلوة والسلام من صلى بعد المغرب ست ركعات لم يتكلم بينهن بشئ عدلن له
بعبادة ثنتى عشرة سنة هذا يدل على ان ركعتى المغرب تحسب من الست لكن فى الاشباه
خلافه تتبع (والاربع قبل العشاء و بعدها) اى بعد صلاة العشاء وهو افضل وقيل اربعا
عنده وركعتين عندهما كما فى النهاية وفى المضمرات الاحسن ان يصلى ستا او اربعا ثم ركعتين

والاصل فى هذا قوله عليــه السلام من ثابر اى داوم على ثنتى عشرة ركعة فى اليوم والليلة بنى الله له بيتــا فى الجنة ركعتين قبل الفجر واربعــا قبل الظهر وركعتين بعدها وركعتين بعد المغرب وركعتين بعد العشــاء وهذه مؤكدات لاينبغى تركهــا ولم يذكر فى هذا الحديث الاربع قبل العصر وقبل العشــاء وبعدها ولهذا اطلق عليهــا اسم الندب لاختلاف الآثار فيهــا (وكره الزيادة على اربع) ركعــات (بتسليمة فى نفل النهــار لا) اى لاتكره (فى نفل الليل الى ثمــان) ركعــات عند الامام لان السنة وردت فى صلاة النهــار الى اربع وصلاة الليل الى ثمان لان النبى عليه السلام فعل فى تهجده وفى المبسوط والاصح ان الزيادة لاتكره لمــا فيها من وصل العبــادة وهو افضل وفى البدايع وهذا يشكل بالزيادة على الاربع فى النهــار فانها مكروهة بالاجماع ثم قال والصحيح الكراهة لانها لم تروعن النبى عليه السلام وعليه عامة المشــايخ (خلافا لهمــا) ظــاهر العبارة يقتضى ان تكون الثمان فى الليل مكروهة عندهما كما فى النهار كما فى الهداية والتبيين وليس كذلك لان النافلة فى الليل بتسليمة الى الثمان جائزة بغير كراهة اتفــاقا فى عامة روايات الكتب كما فى النهــاية وغيرها بل المراد انهما قالا لايزيد بالليل على ركعتين من حيث الافضليــة نعم يمكن ان يوجه مافى الهداية والتبيين بهذا لكن لايمكن مافى هذا الكتاب لانه يمنع سيــاقه وهو قوله وقالا فى الليل المثنى افضل تدبر (ولايزاد على الثمــان فى الليل والافضل فيهمــا) اى فى الليل والنهــار (ارباع) عند الامام لمــا روت عائشة رضى الله تعــالى عنها انه عليه الصلوة والسلام كان يصلى بعد العشاء اربعــا وكان يواظب على الاربع فى الضحى (وقالا فى نفل الليل المثنى افضل) لقوله صلى الله تعــالى عليــه وســلم صلوة الليل مثنى مثنى وعند الشــافعى الركعتان افضل فيهما لقوله صلى الله تعــالى عليه وسلم صلوة الليل والنهــار مثنى مثنى لكن ماروا محمول على معنى قوله مثنى شفع لاوتر ولفظ النهار فى الحديث غريب فلايعمل به كما فى اكثر الكتب (وطول القيــام افضل من كثرة الركعات) لقوله عليه الصلوة والسلام افضل الصلوة طول القنوت كــما فى اكثر الكتب ولايخفى انه يجوز ان يكون افضليــة الطول بالنســبة الى القصر فلايفيد مادعاه وفى المجتبى ان كثرة الركوع والسجود افضل لقوله عليــه الصلوة والسلام عليك بكثرة السجود وقوله عليــه الصلوة والسلام اقرب مايكون العبد من ربه وهو ساجد ولان السجود غاية التواضع والعبودية وفى البحر ان كثرة الركعات افضل من طول القيــام وذكر وجهــه ولكل وجهــة (والقراءة فرض فى ركعتى الفرض) حتى لو لم يقرأ فى الكل وقرأ فى ركعــة واحدة فسدت صلاته ولم يقيد الركعتين بالاولين لان تعيينهما للقراءة ليس بفرض بل هو واجب على المشهور فى المذهب حتى لو تركهــا فيهما وقرأ فى الاخريين جازت ويجب عليه سجود السهو ان سهــا وأثم ان عمدا وقال يعقوب باشــا ولايخفى انه لاحاجة الى ذكره ههنــا لانه قدذكر من قبل على ان البــاب باب النوافل فلا وجه لذكر الفرض يمكن ان يقال ان ذكره توطئــة لقوله وكل النفل والوتر تدبر وعند الشــافعى تفرض القراءة فى جميع الركعــات (وكل النفل والوتر) اى القراءة تفرض فى جميع ركعــات النفل والوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلاة على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة ولهذا لايجب بالتحريمة الاولى الاركعتــان فى المشهور عن اصحابنــا ولهذا قالوا يستفتح فى الثالثة واما الوتر فللاحتيــاط كما فى الهداية وزاد فى الفتح ويصلى فى كل قعدة وقيــاسه ان يتعوذ فى كل شفع انتهى لكن فيه كلام لانه لايشمل السنة الرباعية المؤكدة كسنة الظهر فان القراءة فرض فى جميع ركعاتهــا مع ان القيــام الى الثالثة ليس بتحريمة مبتدأة بل هى صلاة واحدة ولهذا لايستفتح فى الشفع الثــانى ولايصلى فى القعدة الاولى وان اريد بالنفل ماليس بسنة مؤكدة لم يتم ايضــا لخلوه عن افادة حكم القراءة فى السنــة المؤكدة كما فى المنح (و يلزم نفل شرع فيه قصدا) حتى لو نقضه يجب قضاؤه (ولو) شرع (عند الطلوع والغروب) والاستواء كــما ذكر فى اكثر المتون وهو

ظاهر الرواية عن الامام وعند الشافعي وفي غير ظاهر الرواية لا يلزم بالشروع فلا يقضي لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع لكن يستحب عنده الاتمام اذا كان في وقت غير مكروه وانما ان المؤدى وقع قربة فلزمه الاتمام صونا عن البطلان لقوله تعالى * لا تبطلوا اعمالكم (لا ان شرع ظانا انه) اي الشروع (واجب عليه) كما اذا شرع في الظهر مثلا يظن انه لم يصل فتذكر انه صلاه فانه لا يلزمه الاتمام ولا القضاء عند الفساد هذه المسئلة وان فهمت مما سبق وهو قوله ويلزم نفل شرع فيه قصدا فههنا صرح بها كما في شرح الوقاية لكن قوله قصدا يحتمل ان يكون احترازا عن الشروع سهوا كما اذا قام الى الخامسة في الفرض الرباعي فعلى هذا الاحتمال لا يلزم التكرار والتوجيه بالتصريح تأمل (ولو نوى اربعا) اي اذا شرع في اربع ركعات من النفل (وافسد في الشفع الثاني (بعد القعود الاول اوقبله) اي افسدها في الشفع الاول قبل القعود (قضى ركعتين) فقط عند الطرفين (وقال ابو يوسف يقضي اربعا لو افسد قبله) اي قبل القعود لان الشروع ملزم كالنذر وعنه روايتان فيما اذا نوى ستا او ثمانيا ثم افسدها في رواية يقضي اربعا وفي رواية يقضي جميع ما نوى وفي الشمني نقلا عن المنتقى قول ابي يوسف فيما اذا افسدها بما لا يوجب الخروج من التحريمة كترك القراءة واما اذا افسدها بالكلام ونحوه فلا يلزم عنده الا ركعتان ولهما انه لم يوجد الشروع في الشفع الثاني لا حقيقة ولا حكما لان كل شفع من النفل صلاة على حدة ولا تعلق لاحد الشفعين بالآخر بخلاف النذر لانه ملزم لذاته وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعا احتياطا (وكذا الخلاف لو جرد الاربع من القراءة) اي يقضي ركعتين عندهما لان افعال الصلاة لما فسدت بترك القراءة بطلت التحريمة لانها انما انعقدت لاجلها فلم يصح شروعه في الشفع الثاني فيلزم قضاء الشفع الاول فقط وعند ابي يوسف ترك القراءة لا يوجب بطلان التحريمة لجواز صلاة الامي بلا قراءة فيصح شروعه في الاربع فيلزم قضاء الاربع لافسادها بترك القراءة (او قرأ في احدى الاخريين فحسب) اي يلزمه قضاء ركعتين عندهما وقضاء اربع عنده على قياس ما سبق (ولو قرأ في الاوليين او الاخريين فقط او تركها) اي القراءة (في احدى الاوليين او احدى الاخريين فقط قضى ركعتين اتفاقا) اما في المسئلة الاولى فانه يقضي الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم تبطل عندهم اصلا فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساد الثاني بترك القراءة فيه لا يوجب فساد الاول واما في الثانية فان ترك القراءة في الاوليين يبطل التحريمة عندهما كما بين فيلزم ان يقضي الاوليين فقط وعند ابي يوسف وان لم تبطل التحريمة لكن افسد الركعتين فقط بترك القراءة فعليه قضاؤها واما في الثالثة والرابعة فانه يكون قاضيا التي لم يقرأ الا في واحدة منها فيكون المقضي ركعتين فقط على قياس ما سبق (ولو قرأ في احدى الاوليين لا غير او في احدى الاوليين واحدى الاخريين قضى اربعا) عند الشيخين لبقاء التحريمة لان ترك القراءة في ركعة من الشفع الاول لا يبطل التحريمة عند الامام وعند ابي يوسف لا يبطل التحريمة اصلا بالترك وقد افسد الشفعين بترك القراءة فيقضي اربعا (وقال محمد يقضي ركعتين) لان ترك القراءة في احدى الركعتين يوجب فساد التحريمة عنده فلم يصح الشروع في الثاني فيجب عليه القضاء الاوليين فقط (ولو ترك القعدة الاولى فيه) اي في النفل يعني اذا صلى اربع ركعات من النفل ولم يقعد في وسطها (لا تبطل) عند الشيخين (خلافا لمحمد) لان كل شفع من النفل صلاة على حدة فتكون القعدة على رأس الركعتين بمنزلة القعدة الاخيرة في الفرض فتفسد وهو القياس وفي الاستحسان لا تفسد وهو قولهما لانه لما قام الى الثالثة قبل القعدة فقد جعلها صلاة واحدة فصارت القعدة الاولى فاصلة كما في الفرض فتكون واجبة والخاتمة هي الفرضية ولذا لو صلى الف ركعة من النفل غير قاعد الا في الاخيرة لم تفسد عندهما كما في الكافي (ولو نذر صلاة في مكان) مثلا في المسجد الحرام (فاداها) اي ادى

الصلوة المنذورة (في) مكان (ادنى شرفا منه) اى من ذلك المكان الذى نذر فيه (جاز) ما اداه على الصفة المذكورة عندنا لان المقصود منها القربة فيبطل التعيين ولزمته القربة وقال زفر لايجوز الا فيما عين من المكان او في مكان اعلى منه لانه التزم هكذا فيلزم كما التزم (ولو نذرت) امرأة (صلاة او صوما في غد فحاضت فيه) اى في الغد (لزمها القضاء) عندنا خلافا لزفر لان الصلوة والصوم غير مشروعة في يوم الحيض وانما ان العبادة تلزمها بالنذر والحيض يمنع الاداء لا الوجوب كصوم رمضان وقيد بالغد لانها لو قالت على ان اصلى كذا يوم حيضى لايلزمها شئ اتفاقا لانه نذر بمعصية مقصودة (ولا يصلى بعد صلاة مثلها) قال محمد في الجامع الصغير هذا حديث خص منه البعض لان الرجل يصلى سنة الفجر ثم الفرض وهما مثلان وكذا يصلى سنة الظهر اربعا ثم الفرض اربعا وهما مثلان وكذا يصلى فرض الظهر ركعتين في السفر ثم يصلى السنة ركعتين فلما لم يمكن اجراؤه على العموم وجب حمله على اخص الخصوص كما هو الحكم في العام الذى لم يمكن العمل بعمومه فقال المراد ان لا يصلى بعد اداء الظهر نافلة ركعتان بقراءة وركعتان بغير قراءة بل يقرأ في جميع الركعات حتى لا يكون مثلا للفرض فيكون في الحديث بيان فرضية القراءة في جميع ركعات النفل كذا في اكثر الكتب لكن هذا مشكل لانه خبر الواحد فكيف يقتضى الفرضية وان كان مشهورا فهو مأول كما ذكرناه فلا يوجب العلم وقيل المراد به النهى عن تكرار الجماعة في المساجد قال فخر الاسلام هذا تأويل حسن وقيل لا يقضى ما ادى من الفرائض بوسوسة وقال بعضهم هو ليس بثابت عن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بل هو كلام عمر رضى الله تعالى عنه حتى ذكره الطحاوى باسناده الى عمر رضى الله تعالى عنه لكن يجوز ان يحمل على انه سمعه من النبى عليه الصلوة والسلام (وصح النفل قاعدا مع القدرة على القيام) بلا كراهة لما روى انه عليه السلام كان يصلى ركعتين قاعدا بغير عذر وفيه اشارة الى انه لا تجوز المكتوبة والواجبة والمنذورة وسنة الفجر والتراويح بلا عذر والصحيح ان التراويح تجوز واختلفوا في كيفية القعود حالة القراءة روى عن الامام انه يقعد كيف يشاء لانه لما جاز له ترك اصل القيام فترك صفة القعود اولى جوازا وعن محمد انه يتربع لانه اعدل وعن ابى يوسف انه يحتبى لان عامة صلاة النبى عليه الصلوة والسلام في آخر عمره كانت بالاحتباء وعن زفر انه يقعد كما يقعد في التشهد وهو المختار وعليه الفتوى لانه عهد مشروعا في الصلاة (ولو قعد بعد ما افتتح قائما جاز) عند الامام استحسانا لانه اسهل من الابتداء (ويكره) لو قعد بلا عذر عنده (وقالا لا يجوز الا لعذر) قياسا لان الشروع ملزم كالنذر ولو نذر ان يصلى قائما لم يجز ان يصلى قاعدا فكذا هذا (ويتنفل) اى يجوز النفل من غير عذر فيه اشارة الى انه لا يجوز غير النافلة الا من عذر (راكبا) والدابة تسير بنفسها فان سيرها الراكب لا لانه داخل في العمل الكثير (خارج المصر) اى في خارجه وفيه اشارة الى انه يتنفل بمجرد المجاوزة عن العمران وهو الصحيح وقيل قدر فرسخين وقيل قدر ميل والى انه لا يختص بالمسافر وهو الصحيح وعن الشيخين انه مخصوص به والى انه لا يجوز في المصر وعن ابى يوسف انه يجوز في المصر وهو مذهب الشافعى وعن محمد انه يجوز مع الكراهة (موميا) اى يجعل السجود اخفض من الركوع (الى اى جهة توجهت دابته) لما روى ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم يصلى على حمار وهو متوجه الى خيبر يومى ايماء فلا يشترط الاستقبال في الابتداء والبقاء ومن الناس من اشترط في الابتداء واصحابنا لم يأخذوا به لاطلاق المروى ولو افتتح النفل خارج المصر ثم دخل قبل الفراغ اتمها راكبا ما لم يبلغ منزله وقيل اتمها نازلا ولم يشترط المصنف طهارة الدابة لانها ليست بشرط على قول الاكثر سواء كان على السرج او على الركابين او الدابة لان فيها ضرورة فسقط اعتبارها (وبنى بنزوله) يعنى اذا افتتح راكبا ثم نزل يبنى اى يوصل ما بقى الى ما صلى بركوع وسجود وهذا في رواية الاصل (خلافا

لابي يوسف) فان عنده يستقبل اذا نزل (وبركوبه لايبنى) يعنى اذا افتتح نازلا ثم ركب استقبل ووجه الفرق ان الاول ادى اكمل مما وجب عليه لان تحريمته غير موجبة للركوع والسجود والثانى ادى انقص مما وجب عليه لان تحريمته موجبة للركوع والسجود ﴿فصل﴾ (التراويح) جمع ترويحة وهى فى الاصل مصدر بمعنى ايصال الراحة ثم سميت الركعات التى آخرها الترويحة بها كما اطلقوا اسم الركوع على الوظيفة التى تقرأ فى القيام لانه متصل بالركوع (سنة مؤكدة) للرجال والنساء جميعا باجماع الصحابة ومن بعدهم من الامة منكرها مبتدع ضال مردود الشهادة كما فى المضمرات وقال عليه الصلوة والسلام ان الله تعالى سن لكم قيامه وقال عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى وصلى مع الصحابة ليلتين او اربع ليالى كما فى البخارى وبين العذر فى تركه المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا وصلوا بعده فرادى الى ايام عمر بن الخطاب رضى الله عنه ثم اقامها عمر رضى الله تعالى عنه فى زمانه حيث امر ابى بن كعب ان يصلى بالناس والصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ساعدوه ووافقوه وامروا بذلك بلا نكير من احد وقد اثنى على كرم الله وجهه على عمر رضى الله عنه قال نور الله مضجع عمر كما نور مساجدنا وقيل هى مستحبة والاول هو الصحيح من المذهب يعنى القول بالسنية (فى كل ليلة من رمضان بعد العشاء) اى وقت التراويح بعد صلاة العشاء الى آخر الليل لانها تبع للعشاء دون الوتر حتى لو ظهر ان العشاء صليت بلا طهارة والتراويح بطهارة اعيدت التراويح مع العشاء لا الوتر عند الامام وذهب جماعة من ائمة بخارى الى ان الليل كله وقت لها قبل العشاء وبعده لانها سميت قيام الليل والاول هو الاصح (قبل الوتر وبعده) والمستحب فعلها الى ثلث الليل وقيل بعد العشاء قبل الوتر وهو قول عامة المشايخ لانها ما عرفت بفعل الصحابة فكان وقتها ما صلوها فيه وهم صلوها بعد العشاء قبل الوتر فان صلاها قبل العشاء او بعد الوتر لا يكون من التراويح ولهذا عمل الناس اليوم على هذا لانه وجدت فيه الاقوال كلها فينبغى للمصنف اختيار هذا لا ذاك تدبر (بجماعة) اى اقامتها بالجماعة سنة فلو ترك التراويح بالجماعة وصلاها فى البيت فقد اساء عند بعضهم فالصحيح ان اقامتها بالجماعة سنة على وجه الكفاية حتى لو ترك اهل المسجد كلهم الجماعة اساؤا واثموا ولو اقامها البعض فالمتخلف عنها تارك الفضيلة وان صلاها بالجماعة فى البيت فقد حاز احدى الفضيلتين وهى فضيلة الجماعة دون فضيلة الجماعة فى المسجد (عشرون ركعة) سوى الوتر وعند مالك ستة وثلثون ركعة (بعشر تسليمات) فكل شفع بتسليمة فلو صلى اربعا بتسليمة ولم يقعد فى وسط كل اربع لا يجوز الا عن تسليمة وهو الصحيح وعليه الفتوى ولو قعد على رأس الركعتين فالصحيح انه يجوز عن تسليمتين وفى المحيط او صلى كلها بتسليمة وقد قعد على رأس كل ركعتين فالصحيح انه يجوز عن الكل لانه اكمل الصلاة ولم يخل شيئا من الاركان وقال صاحب البحر لا يخفى ما فيه من مخالفة المتوارث مع التصريح بكراهة الزيادة على ثمان فى مطلق التطوع ليلا فلان يكره هنا اولى انتهى وفيه كلام لان بعض الفقهاء صحح عدم كراهة الزيادة على ثمان فى الليل كما بين آنفا وجاز ان يكون صاحب المحيط منهم تدبر (وجلسة بعد كل اربع بقدرها) اى بقدر اربعة من ركعاتها وا وقال والانتظار بقدرها لكان اولى فان اهل مكة يطوفون بين كل ترويحتين سبعا واهل المدينة يصلون بدل ذلك اربع ركعات واهل كل بلدة بالخيار يسبحون او يهللون او ينتظرون سكوتا وانما يستحب الانتظار لان التراويح مأخوذ من الراحة فيفعل ما قلنا تحقيقا للمسمى (والسنة فيها) اى فى التراويح من حيث القراءة (الختم مرة) فيقرأ فى كل ركعة عشر آيات قال الزيلعى وهو الصحيح لان السنة وهو الختم يحصل بذلك مع التخفيف لان عدد الركعات فى شهر ستمائة وعدد آى القرآن ستة آلاف وشئ ولا بد ان يكون المراد من الختم مقداره وهو يحصل ولو كان ايام الشهر تسعة وعشرين فان القريب للشئ يعطى له حكمه ومن المشايخ

من استحب الختم الحقيقي في الليلة السابعة والعشرين رجاء لنيل القدر عند اختتامه لكثرة الاخبار انها ليلة القدر ولو ختم في التراويح في ليلة ثم لم يصل التراويح جاز بلا كراهة لانه ما شرعت التراويح الا للقراءة وقيل الافضل ان يقرأ فيها مقدار ما يقرأ في المغرب وقيل آيتين متوسطتين و قيل آية طويلة او ثلاث آيات قصار وهذا احسن و بهذا افتى المتأخرون لان الحسن روى عن الامام انه اذا قرأ في المكتوبة بعد الفاتحة ثلاث آيات فقد احسن ولم يسئ هذا في المكتوبة فما ظنك في غيرها وقيل سورة الاخلاص وقيل من سورة الفيل الى الآخر مرتين وهو الاحسن عند اكثر المشايخ وهو في اكثر المعتبرات الافضل في زماننا ان يقرأ بما لا يؤدي الى تنفير القوم عن الجماعة لان تكثير الجماعة افضل من تطويل القراءة و به يفتى (ولا يترك) الختم (لكسل القوم) الكسل وهو التثاقل عما لا ينبغي ان يتثاقل عنه ولذا كان مذموما كما في القهستاني ولا يزيد الامام على قدر التشهد ان علم انه يثقل على القوم لان الدعوات ليست بسنة وان علم انه لا يثقل عليهم يزيد كما في اكثر الكتب لكن المختار ان لا يترك الصلوة على النبي عليه الصلوة والسلام لانها فرض عند الشافعي وسنة عندنا ولا يترك السنن للجماعة كالتسبيحات كما في شرح المنظومة الوهبانية ويأتي الامام والقوم بالثناء في كل تكبيرة الافتتاح منها (وتكره قاعدا مع القدرة على القيام) زيادة تأكدها وفي الخانية اداء التراويح قاعدا اتفقوا انه لا يستحب بغير عذر واختلفوا في الجواز قال بعضهم لا يجوز بغير عذر اعتبارا لسنة الفجر وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح بخلاف سنة الفجر فانه قد قيل انها واجبة الا ان ثوابه يكون على النصف من صلاة القائم (ويوتر) اي يصلي الوتر (بجماعة في رمضان فقط) لانعقاد الاجماع عليه كما في الهداية وفيه اشارة الى انه لا يوتر بجماعة في غير شهر رمضان لانه نفل من وجه والجماعة في النفل في غير رمضان مكروه فالاحتياط تركها قال بعضهم لو صلى الوتر بجماعة في غير رمضان له ذلك وعدم الجماعة في الوتر في غير رمضان لا لانه غير مشروع بل باعتبار انه يستحب تأخيرها الى وقت تتعذر فيه الجماعة فان صح هذا قدح في نقل الاجماع كما في الفتح واختلفوا في الافضل في وتر رمضان فقال بعضهم الجماعة كما في الخانية و قال بعضهم الانفراد في المنزل كما في النهاية وذكر صاحب الفتح ما يرجح الاول فينبغي اتباعه لانه ادق (والافضل في السنن المنزل) اي ان يصلي فيه لبعده عن الرياء لقوله عليه الصلوة والسلام افضل صلوة الرجل في بيته الا المكتوبة (الا التراويح) لانها شرعت في الجماعة ولو تركوا الجماعة في الفرض لم يصلوا التراويح بجماعة ولو لم يصلها مع الامام صلى الوتر به لانه تابع لرمضان وعند البعض لا لانه تابع للتراويح عنده و في القهستاني ويجوز ان يصلي الوتر بالجماعة وان لم يصل شيئا من التراويح مع الامام او صلاها مع غيره وهو الصحيح

﴿فصل في صلاة الكسوف﴾

اي كسوف الشمس فان للقمر الخسوف كما قال الجوهري وهو اجود الكلام وما وقع في الحديث من كسوفهما وخسوفهما يحمل على التغليب وانما اورده في حيز النوافل تنبيها على انها منها وجعلها في فصل على حدة اشعارا بانها ممتازة عن النوافل بعروض اسباب سماوية نادرة (يصلي) في الجامع او مصلى العيد او مسجد آخر والاول افضل كما في التحفة (امام الجمعة بالناس) اي امام له دخل في اقامة صلاة الجمعة مثل السلطان او مأموره ممن له اقامة نحو الجمعة لانه اجتماع يشترط هذا تحرزا عن الفتنة كالجمعة (عند كسوف الشمس) لما روى ان النبي عليه الصلوة والسلام صلى في كسوف الشمس بالناس ودعا حتى انجلت وقال ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا ينكسفان لموت احد ولا لحيوته فاذا رأيتم شيأ من هذه الافزاع فافزعوا الى الصلاة او الى الدعاء وفي بعض الروايات ان ذلك كان يوم مات ابراهيم بن سيدنا محمد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وقال الناس انما انكسفت لموته وقال النبي عليه الصلوة والسلام هذا الحديث ردا لكلامهم لان كسوفها من اثر الارادة القديمة وفعل الفاعل المختار فيخلق النور والظلمة متى شاء بلا سبب وفيه رد لقول اهل الهيئة ان الكسوف حيلولة

القمر بينها وبين الارض وانه امر عادى لايتقدم ولايتأخر (ركعتين) كهيئة النافلة من غير اذان واقامة وتؤدى فى الوقت المستحب لا المكروه (فى كل ركعة ركوع واحد) عندنا لرواية ابن عمر رضى الله تعالى عنهما وعند الشافعى فى كل ركعة ركوعان لرواية عائشة رضى الله تعالى عنها ورجحناه اذ الحال انكشف للرجال من النساء لقربهم (ويطيل القراءة) يعنى الافضل ان يطيل القراءة فيقرأ فى كل ركعة مقدار مائة آية ويمكث فى ركوعه كذلك فاذا خفف القرأة طول الدعاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلاة (ويخفيها) اى القراءة عند الامام لرواية ابن عباس رضى الله تعالى عنهما (وقالا يجهر) لرواية عائشة رضى الله تعالى عنها والترجيح قد مر وفى التحفة عن محمد فيه روايتان والاول الصحيح (ثم يدعو) الامام جالسا اوقائما مستقبل القبلة او مستقبل القوم بوجهه ولو قام معتمدا على عصى اوقوس لكان حسنا (بعدهما حتى تنجلى الشمس) لما روينا آنفا والسنة تأخير الادعية عن الصلاة (ولايخطب) وقال الشافعى يخطب بعد الصلاة خطبتين كما فى العيد لرواية عائشة رضى الله تعالى عنها ولنا انها لم تنقل عن غيرها وان صح فتأويله ان خطبته عليه الصلوة والسلام انما كانت لرد قول من قال ان الشمس كسفت لموت ابراهيم ابن النبى عليه الصلوة والسلام (وان لم يحضر) امام (صلوا) فى مساجدهم (فرادى) منونا وغير منون جمع فرد على خلاف القياس (ركعتين او اربعا كالخسوف) كما يصلون فى خسوف القمر فرادى بلا جماعة لتعذر الاجتماع بالليل او لخوف الفتنة وفى التحفة يصلون فى منازلهم وقيل الجماعة جائزة فيه عندنا لكنها ليست بسنة ولاخطبة فيه بالاجماع وقال الشافعى تسن الجماعة للخسوف كما فى الكسوف (والظلمة والريح والفزع) والزلازل والصواعق وانتشار الكواكب والامطار الدائمة وعموم الامراض ونحو ذلك من الافزاع والاهوال لان ذلك كله من الآيات المخوفة والله يخوف عباده ليتركوا المعاصى ويرجعوا الى طاعته التى فيها فوزهم وخلاصهم واقرب احوال العبد فى الرجوع الى ربه الصلاة

﴿ فصل فى الاستسقاء ﴾

هو من طلب السقى من الله تعالى عند طول انقطاعه بالثناء عليه والفزع اليه والاستغفار وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة والاجماع (لاصلوة بجماعة فى الاستسقاء) اى ليس فيه صلوة مسنونة فى جماعة عند الامام لانه عليه الصلوة والسلام استسقى ولم يرو عنه الصلوة كما فى الهداية (بل) هو (دعاء واستغفار) لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا علق نزول الغيث بالاستغفار (فان صلوا فرادى جاز) عنده (وقالا يصلى الامام بالناس ركعتين يجهر فيهما بالقراءة) اعتبارا بصلاة العيد حتى روى عن محمد انه يكبر كتكبيرات العيد وعن ابى يوسف لا وهو المشهور وفى المبسوط قول ابى يوسف مع الامام وفى الجوهرى مع محمد وهو الاصح لما روى انه عليه الصلوة والسلام صلى فيه ركعتين كصلوة العيد رواه ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قلنا فعله عليه الصلوة والسلام مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة كما فى الهداية فان قيل بين دليله ودليلهما تناقض لانه قال فى دليله لم يرو عنه الصلوة وفى دليلهما روى عنه الصلوة قلنا المراد انه لم يرو عنه ما يكون سنة اذ كانه غير مروى فلا تناقض (ويخطب بعدها خطبتين كالعيد عند محمد وعند ابى يوسف خطبة واحدة) ولاخطبة عند الامام لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده (ولايقلب القوم اردیتهم) لان التقليب ليس بسنة فلو قلب جعل الجانب الايمن منه على الايسر والايسر على الايمن وهذا فى المدور واما فى المربع فجعل اعلاه اسفله ليقلب الحال من الجدب الى الخصب ومن العسر الى اليسر (ويقلب) بالتخفيف والتشديد (الامام عند محمد) وفى الجوهرة عندهما (ويخرجون ثلثة ايام) متتابعات (فقط) لانه لم ينقل اكثر منها ويخرجون مشاة لابسين ثيابا خلقة او مرقعة

متذللين خاشعين لله ناكسي رؤسهم ويقدمون الصدقة كل يوم ويجددون التوبة ويستغفرون للمسلمين ويتراضون بينهم ويستسقون بالضعفة والشيوخ والصبيان وفي الحديث لولا صبيان رضع وبهائم رتع وعباد لله ركع لصب عليكم العذاب صبا (ولا يحضره اهل الذمة) لقوله تعالى وما دعاء الكافرين الا في ضلال هذا رد لقول مالك لاهل الذمة ان يحضروا الاستسقاء لان دعاءهم قد يستجاب في احوال الدنيا ولنا ان الكفار اهل السخط فلا يصلح حضورهم وقت طلب الرحمة

﴿ باب ادراك الفريضة ﴾

لما فرغ من بيان انواع الصلوة فرضها وواجبها ونفلها شرع في بيان اداء الفرض الكامل وهو الاداء بالجماعة والاصل فيه ان نقض العبادة قصدا بلا عذر حرام واما اذا كان لامر شرعي مثل الاكمال فيجوز وان كان نقضا صورة فهو اكمال معنى كهدم المسجد لتجديده ولا شك ان الجماعة فضيلة على الانفراد بسبع وعشرين درجة (من شرع في فرض فاقيم) ذلك الفرض ووقع في الوقاية فاقيمت وقال صدر الشريعة في تفسيره والضمير في اقيمت يرجع الى الاقامة كما يقال ضرب ضرب واراد بالاقامة اقامة المؤذن وليس كذلك بل المراد بها شروع الامام في الصلوة لا اقامة المؤذن لانه لو اخذ المؤذن في الاقامة والرجل لم يقيد الركعة الاولى بالسجدة يتم ركعتين بلا خلاف كما في اكثر الكتب وفي القهستاني وليس في اقامة ضمير الاقامة مقام الفاعل بدون الوصف اشكال فانها مفعول به اذ هي اسم للكلمات المعروفة على ان سيبويه اجاز اسناد الفعل الى المصدر المدلول عليه بلا وصف انتهى وفيه كلام لانه قال ابن خروف شارح كتاب سيبويه وادعاء الزجاج انه مذهب سيبويه فاسد لان سيبويه لا يجيز اضمار المصدر المؤكد اذ لا فائدة في الاسناد اليه والذي اجازه سيبويه وهو اضمار المصدر المعهود المقصود مثل ان يقال لمن ينتظر القعود قد قعد بناء على قرينة التوقع اي قعد القعود المتوقع تدبر (ان لم يسجد) الشارع (للاولى يقطع) بالسلام او غيره ولو را كعا وهو الصحيح (ويقتدي) بالامام فلو افتتح في منزله ثم سمع الاقامة في المسجد لا يقطع وكذا الشارع في المنذورة وقضاء الفوائت ولا يقطع في النفل على المختار سجد اولا لا اذ لا اتم فيه الشفع (وان سجد) الاولى (وهو في) الفرض (الرباعي يتم شفعا) بان يضم اليها ركعة اخرى ويسلم بعد التشهد حتى يصير الركعتان نافلة (ولو سجد للثالثة يتم) لانه قد ادى الاكثر وللاكثر حكم الكل وفيه اشارة الى انه لو قام الى الثالثة بلا تقييدها بالسجدة قطع غير انه يتخير ان شاء عاد وقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلاة الامام وفي المحيط الاصح انه يقطع قائما بتسليمة وهكذا صححه صاحب العناية كما في البحر (ويقتدي متطوعا) المتبادر من هذا التعبير وجوب الاقتداء للتنفل ولا لزام في النوافل اصلا ولكن الافضل الاقتداء لانه يدرك به فضيلة الجماعة (الا في العصر) لان التنفل مكروه فهو استثناء من قوله ويقتدي متطوعا (ولو) شرع (في الفجر او المغرب) ثم قيم (يقطع) الشارع (ويقتدي) بالامام (ما لم يقيد) الركعة (الثانية بسجدة) لانه لو اضاف اخرى افاتته الجماعة او جود الفراغ في الفجر حقيقة وفي المغرب حكما اذ للاكثر حكم الكل (فان قيد) الثانية بها (يتم ولا يقتدي) لكراهة النفل بعد الفجر وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلاث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة امامه وعن ابي يوسف انه يقتدي في المغرب ويسلم معه وعنه ان يضم رابعة بعد فراغ الامام وهو الاحسن عنده وعندنا لو اقتدى فيه افضل كما قال ابو يوسف في الرواية الاولى كما في الكفاية (ولو كان في سنة الظهر او) سنة (الجمعة فاقيم) للظهر (او خطب) في الجمعة (يقطع على شفع) لتمكنه من القضاء بعد الفرض ولا ابطال في التسليم على رأس الركعتين فلا يفوت فرض الاستماع والاداء على الوجه الاكمل بلا سبب يروى ذلك عن ابي يوسف كما في الهداية وغيرها (وقيل) انه (يتمها) اربعا وصححه اكثر المشايخ لانها صلاة واحدة

وليس القطع للاكمال بل للابطال صورة ومعنى و يشهد لهم اثبات احكام الصلاة الواحدة للاربع
من عدم الاستفتاح والتعوذ فى الشفع الثانى الى غير ذلك (وكره خروجه) اى خروج من لم يصل
وهو متوضئ وان كان على غير طهارة يجوز له الخروج لاجل الطهارة بنية الفور (من مسجد اذن
فيه) اى فى ذلك المسجد (قبل ان يصلى ما اذن لها) لحديث ابن ماجة من ادرك الاذان
فى المسجد ثم خرج لم يخرج لحاجة وهو لا يريد الرجوع فهو منافق (الا) خروج (من تقام به
جماعة اخرى) بان يكون مؤذنا او اماما او الذى تتفرق جماعته بغيبته او تقل لانه ترك صورة
تكميل معنى والعبرة للمعنى وفى النهاية ان خرج ليصلى فى مسجد حيه مع الجماعة فلا بأس به (وان صلى)
مرة (لا يكره الا فى الظهر والعشاء ان شرع) المؤذن (فى الاقامة) فانه يكره الخروج بعد الاقامة
لجواز الاقتداء فيهما نفلا لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا بلا عذر وفى غيرهما يخرج وان قيمت لانه
ان صلى يكون نفلا والنفل بعد الفجر والعصر مكروه مطلقا واما المغرب فان النافلة لم تشرع
ثلاث ركعات كما بين آنفا (ومن خاف فوت الفجر بجماعة ان ادى سنته يتركها) اى السنة
(ويقتدى) لان ثواب الجماعة اعظم من ثواب السنة وما قيل انه يشرع فيها اى السنة
عند خوف الفوات ثم يقطعها فيجب القضاء بعد الصلاة مدفوع ودرء المفسدة مقدم على جلب
المصلحة كما فى الفتح (وان رجا ادراك ركعة) من الفرض مع الامام (لا يتركها) السنة
(بل يصليها) اى السنة لانه امكن الجمع بين فضيلتى السنة والجماعة لكن يصلى السنة (عند باب
المسجد) وان لم يمكنه صلاها فى الشتوى اذا كان الامام فى الصيفى و بالعكس فى العكس وكره
خلف الصف بلا حائل واشدها كراهة ان يصلى فى الصف مخالفا للجماعة (ويقتدى) بعد ذلك
بالامام (ولا تقضى) سنة الفجر عند الشيخين (الا) حال كونه (تبعا للفرض) بعد الطلوع قبل
الزوال وفيما بعد الزوال اختلاف مشايخ ماوراء النهر قال بعضهم يقضيها تبعا ولا يقضيها مقصودة
وقال بعضهم لا يقضيها لا تبعا ولا مقصودة قيل وهو الصحيح (وعند محمد تقضى) اذا فاتت بلا فرض
(بعد الطلوع) الى الزوال واستحسانا لان النبى عليه السلام قضاها مع الفرض بعد ارتفاع الشمس
غداة ليلة التعريس ولهما ان الاصل فى السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث
ورد فى قضائها تبعا للفرض فيبقى ماوراءه على الاصل وقيد بعد الطلوع الى الزوال لانها لا تقضى
قبل الطلوع و بعد الزوال بالاتفاق وقيل لا خلاف فيه فان عنده لو لم يقض فلا شئ عليه واما عندهما
فلو قضى لكان حسنا وقيل الخلاف فى انه لو قضى كان نفلا عندهما سنة عنده كما فى القهستانى
(ويترك سنة الظهر فى الحالين) اى حال ادراك الظهر وعدمه اذا اداها لا يمكن اداؤها بعد الفرض
هو الصحيح كما فى الهداية هذا احتراز عن قول بعضهم لا يقضيها (ويقضيها) اى سنة الظهر
(فى وقته قبل شفعه) اى قبل الركعتين اللتين بعد الفرض قبل هذا عند ابى يوسف بناء على ان
الابتداء بالفائتة اولى وفى المحيط ذكر ان الامام رحمه الله معه وقال محمد بعدهما بناء على ان الاولى فاتت
عن محلها ضرورة فلا معنى لتفويت الثانية ايضا اختيارا وقيل الاختلاف على العكس وحكم صاحب
المجمع بكونه اصح وفيه اشارة الى انه ينوى القضاء كما قيل لكن الاولى ان ينوى السنة كما فى الحقائق
والى انه لا يقضى بعد الوقت لا تبعا ولا مقصودة وهو الصحيح وفى البحر وحكم الاربع قبل الجمعة كالتى
قبل الظهر كما لا يخفى (وغيرهما) اى غير سنة الفجر والظهر من السنن (وغير الفرائض الخمس
والوتر لا يقضى اصلا) اى لا فى الوقت ولا بعده ولا وحدها بالاتفاق ولا بتبعية فرائضها الا عند
بعض المشايخ فانهم قالوا يقضيها تبعا للقضاء فرائضها لكن الاول هو الاصح كما فى الدرر (ومن
ادرك ركعة واحدة من الظهر بجماعة لم يصله بجماعة) فلا يحنث فى يمينه لا يصلى الظهر بجماعة
فلو كان صلى معه ثلاثا ظاهر الجواب لا يحنث ايضا لانه لم يصلها بل بعضها بجماعة و بعض

الشيء ليس بشيء واختار شمس الائمة انه يحنث لان للاكثر حكم الكل والظاهر الاول كما في الفتح (بل ادرك فضلها) وفي الفتح وقال محمد قد ادرك فضيلة الجماعة واحرز ثوابها وفاقا لصاحبيه لا كما ظن بعضهم من انه لم يحرز فضلها عند محمد وسبب تخصيص قول محمد التنبيه على بطلان ذلك الزعم وفي التبيين ومن المتأخرين من قال ان المسبوق لا يكون مدركا فضيلة الجماعة على قول محمد وفيه نظر فان صلاة الخوف لم تشرع الا لينال كل واحد من الطائفتين فضيلة الجماعة انتهى وفيه كلام لان صلاة الخوف امر ضروري ولهذا ارتكب فيه ما لا يجوز في غير الخوف فكانه صلى المقتدي جميع الركعات مع الامام (ومن اتى مسجدا) صلى فيه (ولم يدرك جماعة يتطوع قبل الفرض ماشاء ما لم يخف فوته) فان خاف لا يتطوع قبله بالاجماع وفيه تفصيل فان المصلي اما ان يؤدي الفرض بجماعة او منفردا ففي الاول يصلي الرواتب ولا يتخير فيها مع الامكان وفي الثاني الجواب كذلك في رواية وقيل يتخير والاول اجود واصح فان النبي عليه الصلاة والسلام واظب عليها وان فاتته الجماعة لكن اذا ضاق الوقت يترك السنة ويؤدي الفرض حذرا عن التفويت واما ما زاد على الرواتب وهو غير المؤكدة يتخير فيه مطلقا كما في اكثر الكتب (ومن ادرك الامام) حال كونه (راكعا فكبر ووقف حتى رفع الامام رأسه لم يدرك تلك الركعة) وكذا لو لم يقف بل انحط فرفع الامام قبل ركوع المقتدي لا يصير مدركا لفوت المشاركة فيه المستلزم لفوت الركعة خلافا لزفر والشافعي فانهما يقولان انه ادرك الامام فيما له حكم القيام والحجة عليهما قوله عليه الصلوة والسلام من ادرك الركعة فقد ادرك الصلوة فظاهره انه ركع معه (ومن ركع قبل امامه) ولم يرفع رأسه (فادركه امامه فيه) اي الركوع (صح ركوعه) لان الشرط المشاركة في جزء من الركن وقد وجد لكن كره لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لا تبادروني بالركوع والسجود وقوله عليه الصلوة والسلام اما يخشى الذي يركع قبل الامام ويرفع ان يحول الله رأسه برأس الحمار وقال زفر لا يصح ان بعد الركوع لان ما اتى به قبل الامام لا يعتد به فكذا ما بنى عليه

﴿ باب قضاء الفوائت ﴾

لا يخفى عليك حسن تأخير القضاء عن الاداء لانه فرعه قيل الاداء اسم لتسليم نفس الواجب بالامر والقضاء اسم لتسليم مثل الواجب به وقد يستعمل احدى العبارتين مقام الاخرى وقيل يجب القضاء بما يجب به الاداء وقيل يجب بسبب جديد وفيه بحث قد عرف في موضعه (الترتيب) عند الائمة الثلاثة ولو كان جاهلا وعن الحسن عن الامام ان لم يعلم به لم يجب وبه اخذ الاكثرون (بين الفائتة) فرضا او واجبا (والوقتية و) كذا (بين الفوائت شرط) وعند الشافعي ليس بشرط اصلا لا بين الفوائت ولا بين الفائتة والوقتية وانما الترتيب مستحب لان كل فرض اصل بنفسه ولا يتوقف جوازه على جواز غيره ولنا قوله عليه الصلوة والسلام من نام عن صلاة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام فان قيل الكلام في فرضية الترتيب والحديث من اخبار الآحاد فلا يصح التمسك به قلنا هو ليس بفرض اعتقادا حتى لا يكفر جاحده ولكنه واجب في قوة الفرض في حق العمل ومثله يثبت بخبر الواحد كصدقة الفطر وعن جابر انه عليه الصلوة والسلام صلى العصر بعد ما غربت الشمس ثم صلى المغرب بعدها يوم الخندق وفيه دليل على ان الترتيب واجب ولو كان مستحبا لما اخر المغرب التي يكره تأخيرها لامر مستحب وعن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه انه عليه الصلاة والسلام شغل عن اربع صلوات يوم الخندق حتى ذهب من الليل ما شاء الله فامر بلالا فاذن له ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر ثم اقام فصلى المغرب ثم اقام فصلى العشاء (فلو صلى) تفريع على ما قبله (فرضا) حال كونه (ذاكرا فائتة فسد فرضه موقوفا) لا يحكم بصحته وفساده حتى لو صلى بعده ست صلوات او اكثر ولم يقض الفائتة انقلب الكل جائزا عند الامام او قضى الفائتة قبل ان يمضي ستة اوقات بطل وصف الفرضية وانقلب نفلا (وعندهما) فسد

فرضه فسادا (باتا) اي قطعيا لكن عند ابي يوسف فسد وصف الفرضية وانقلب نفلا وعند محمد
اصل الصلاة (فلو قضاها) اي الفائتة (قبل اداء ست) من الصلوات (بطلت فرضية ما صلى)
بالاتفاق لكن عند الشيخين تصير نفلا وعنده يبطل اصلها كما بين آنفا (والا) اي وان لم يقض الفائتة
حتى ادى سادسا (صحت عنده) لان الكثرة صفة لهذه الجملة من الصلوات فاذا ثبتت صفة استندت
الى اولها بحكمها وهو سقوط الترتيب فسقط الترتيب في آحادها كما سقط في اثنائها وهذا كمرض
الموت لما ثبت له هذا الوصف باتصاله بالموت استند الى اوله بحكمه وفي المحيط ان عدم وجوب الاعادة
عند الامام اذا لم يعلم من فاتته وجوب الترتيب وفساد صلاته بدونه اما اذا علم فعليه اعادة الكل اتفاقا
لان العبد يكلف عنده (لا عندهما) لان سقوط الترتيب حكم الكثرة وكل ما هو حكم العلة يتأخر
عن علته فسقوط الترتيب انما يكون فيما يقع من الصلوات بعد الكثرة لا فيما قبلها وهو القياس وقال
صاحب الفتح وعبارة الهداية ثم العصر يفسد فسادا موقوفا اي لترك الظهر حتى لو صلى ست صلوات
ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا والصواب ان يقال حتى لو صلى خمس صلوات ولم يعد الظهر
انقلب الكل جائزا لان الكثرة المسقطة بصيرورة الفوائت ستا واذا صلى خمسا وخرج وقت الخامسة
صارت الصلوات ستا بالفائتة المتروكة اولا وعلى ما صوره يقتضي ان تصير الصلوات سبعا وليس
بصحيح انتهى وفيه كلام لان مراد صاحب الهداية بقوله حتى لو صلى ست صلوات تأكيد خروج
وقت الخامسة من المؤداة لاداء السادسة ويؤيده سياق كلامه وهو قوله ولو فاتته صلوات رتبها
في القضاء الا ان تزيد على ست فقط قيد سقوط الترتيب بالزيادة على ست مع انه غير مراد وكذا
سياقه وهو قوله وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا بخروج وقت الصلوة السادسة ولهذا قال صاحب
الفتح ان الوقتية المؤداة مع تذكر الفائتة تفسد فسادا موقوفا الى ان يصلي تمام خمس وقتيات فان لم يعد
شيئا منها حتى دخل وقت السادسة صارت كلها صحيحة تدبر (والوتر كالفرض عملا فتذكره يفسد
فائتا) عند الامام (خلافا لهما) ومبنى الخلاف على ان الوتر واجب عنده وسنة عندهما ولا ترتيب بين
الفرائض والسنن (ولو صلى العشاء بلا وضوء) حال كونه (ناسيا ثم صلى السنة والوتر به
يعيد السنة لاعادة العشاء) اذ لم يصح اداء السنة قبل الفرض مع انه ادى بالوضوء ولانها تبع الفرض
(ولا يعيد الوتر) لانه واجب عند الامام وقد اداه في وقته بطهارة اذ وقته وقت العشاء لا بعده
وقد سقط الترتيب بعذر النسيان (خلافا لهما) فانه يعيد ايضا بناء على انه سنة عندهما (وبطلان
الفرضية لا يبطل اصل الصلوة) عند الشيخين (خلافا لمحمد) لان التحريمة عقدت للفرض
فاذا بطلت الفرضية بطلت اصلا ولهما انها عقدت لاصل الصلاة بوصف الفرضية فلم يكن
من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل (ويسقط الترتيب لضيق الوقت) عن الاداء
والقضاء بحيث لا يسع الوقت الوقتية والفائتة جميعا وان كان الباقي من الوقت يسع فيه احدهما
فقط تقدم الوقتية لان الباقي وقت للوقتية بالكتاب ووقت للفائتة باخبار الآحاد فلو قلنا بوجوب
تقديم الفائتة يلزم النسخ بخبر الواحد بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة يمكن العمل بالادلة جميعا
ولا يلزم النسخ وفيه اشارة الى انه لو شرع في الوقتية وفي الوقت سعة واطال القراءة حتى ضاق لا تجوز
صلاته فيجب عليه ان يقطعها ويشرع فيها ثانيا في ضيق الوقت كما في النهاية والى انه لو ظن سعة
الوقت ثم تبين خلافه لم تجز الوقتية وقيل جازت وانه لو شرع في الوقتية عند الضيق ثم خرج الوقت
في خلالها لم تفسد وهو الاصح والى ان العبرة لاصل الوقت وقيل للوقت المستحب الذي لا كراهة
فيه والاول قياس قولهما والثاني قياس قول محمد حتى ان من فاته الظهر وامكن اداؤه قبل تغير الشمس
ولكن يقع كل العصر او بعضه بعد التغير لا يلزمه الترتيب عنده ويلزم عندهما (وبالنسيان) توسعوا
في عبارة النسيان هنا حيث ارادوا به ما يعم الجهل المستمر حتى قال جماعة من المشايخ ان من جهل

فرضية الترتيب لايجب عليه كالناسي كما فى الاصلاح لكن فى الاصل لم يفصل بين ما اذا كان عالما اوجاهلا (وبصيرورة الفوائت ستا) لدخولها فى حد الكثرة المقتضية للخروج والكثرة تحصل بالدخول فى حد التكرار والدخول فى حد التكرار يحصل بكون الفوائت ستا وذا يحصل بخروج وقت السادسة وهو ظاهر الرواية عن ائمتنا الثلثة واكتفى محمد بدخول وقت السادسة فى رواية عنه والاول الصحيح كما فى اكثر الكتب (حديثة اوقديمة) الحديثة تسقط الترتيب اتفاقا وفى القديمة اختلاف المشايخ وذلك كمن فاتته صلاة شهر ثم اقبل على الوقتيات قبل قضائها ففاتت صلاة منها ثم صلى اخرى ذاكرا الفائتة آنفا قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لاتجوز وتجعل القديمة كان لم تكن زجرا له عن التهاون قال صدر الشهيد الصحيح هو الاول وفى شرح الجامع الصغير للتمرتاشى الاول اصح والثانى احوط وقال بعض المشايخ والافتاء بالاول اولى لان التهاون فى العبادات فاش وقال صاحب الهداية وفى التجنيس الاول اقيس والفتوى على الثانى (ولايعود) الترتيب (بعودها) اى بعود الفوائت (الى القلة) يعنى لو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقى لايعود الترتيب هذا مختار الامام السرخسى وقال صاحب المحيط وعليه الفتوى وقال صاحب الهداية يعود الترتيب عند البعض وهو الاظهر وفى النهاية والفتوى على ما اختاره الامام السرخسى وهو اولى لانه يوافق اطلاق المتون (فمن ترك ستا اواكثر وشرع يؤدى الوقتيات مع بقاء الفوائت ثم فاته فرض جديد فصلى وقتية بعده) اى بعد فرض جديد (ذاكرا له) اى لهذا الفرض الجديد (صحت وقتيته) تفريع على قوله حديثة اوقديمة كما بين آنفا (وكذا لوقضى تلك الفوائت الافرضا اوفرضين فصلى وقتية ذاكرا) ما عليه من الفوائت القليلة هذا تفريع على قوله ولايعود بعودها الى القلة (ولايقتل تارك الصلوة عمدا مالم يجحد) لكن منكرها كافر لثبوتها بالادلة القطعية التى لا احتمال فيها فحكمه حكم المرتد وتاركها عمدا تكاسلا فاسق يحبس حتى يصلى وقيل يضرب حتى يسيل منه الدم مبالغة فى الزجر ولو كان التارك صبيا وسنه عشر سنين اوجب الضرب على تركها لقوله عليه الصلوة والسلام مروا اولادكم بالصلاة وهم ابناء سبع واضربوهم عليها وهم ابناء عشر سنين ويحكم باسلام فاعلها بالجماعة ولاتجرى فيها النيابة اصلا (ولو ارتد) والعياذ بالله تعالى (عقيب فرض صلاة ثم اسلم فى الوقت لزمه اعادته) عندنا خلافا للشافعى (ولايلزم قضاء ما فاته زمان الردة) يعنى اذا مضت المدة على ردته ثم اسلم لايجب عليه قضاء ما فاته فيها من الفرائض عندنا ويجب عند الشافعى (ولا) يلزم (قضاء ما فاته بعد اسلامه فى دار الحرب ان جهل فرضيته) يعنى اذا اسلم حربى بدار الحرب ولم يعلم وجوب الصلاة ونحوها ومكث زمانا ثم علم به لايلزم قضاؤه عندنا اما لو اسلم فى دار الاسلام ولم يعلم بالشرايع فيجب عليه لانتشار العلم وشيوع الاحكام فلا يكون معذورا فى ترك العلم وقال زفر يلزمه فى كلا الامرين

﴿باب سجود السهو﴾

اضافته الى السبب وهى الاصل والسهو غفلة القلب عن الشئ المعلوم فيتنبه له بادنى تنبيه بخلاف النسيان فانه زوال المعلوم فيستأنف تحصيله لكن الفقهاء لايفرقون بينهما وكذا لايفرقون بينه وبين الشك والادباء عرفوا الشك بانه تساوى امرين لامزية لاحدهما على الآخر والظن تساويهما وجهة الصواب ارجح والوهم تساويهما وجهة الخطاء ارجح (اذا سهى) المصلى (بزيادة اونقصان سجد للسهو (سجدتين) هذا مقيد بما اذا كان الوقت صالحا حتى ان من عليه السهو فى صلاة الفجر اذا لم يسجد حتى طلعت الشمس بعد السلام الاول سقط عنه السجود (بعد التسليمتين) بيان لمحله عندنا وعند الشافعى قبل السلام وفى التبيين وهذا الخلاف فى الاولوية ولاخلاف فى الجواز قبل السلام وبعده لما روى عن النبى عليه السلام مثل المذهبين قولا وفعلا لكن ذكر القدسى كراهته قبله تنزيها (وقيل بعد) تسليمة (واحدة) كما هو مختار فخر الاسلام وصاحب الايضاح

وصاحب الكافي وشيخ الاسلام وفي المجتبى وهو الاصح وفي المحيط على قول عامة المشايخ يكتفى بتسليمة واحدة لكن المصنف اختار الاول لانه قال عليه الصلوة والسلام لكل سهو سجدتان بعد السلام والمتعارف منه مايكون من الجانبين فيحمل عليه وفي الهداية وقال شمس الائمة وهو الاصح لانه قول كبار الصحابة كعمر وعلي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم والاخذ برواية اصحاب كانوا اقربين من رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم اولى والرواية الاخرى عن عائشة وكانت من صف النساء وسهل بن اسعد وكان من الصبيان فيحمل على انهما لم يسمعا وسوق كلام الفريقين يدل على ان القولين للامام وفي المجمع نسب الثاني الى محمد والاول اليهما كما في الدرر وقيل للمنفرد تسليمتان والامام تسليمة لانه اذا سلم ربما اشتغل بعض الجماعة بما ينافي الصلاة وعمل الناس اليوم على هذا لتراعى الروايتان (وتشهد وسلم ويأتي بالصلاة على النبي عليه السلام والدعاء في قعدة السهو وهو الصحيح) لان موضعهما آخر الصلاة هذا احتراز عما قال الطحاوي في القعدتين لان كلا منهما آخر وقيل قبل السجود عند الشيخين وعند محمد بعده لان سلام من عليه السهو يخرجه عندهما خلافا له وذكر قاضيخان وظهير الدين انه اي قول الطحاوي احوط وفي الظهيرية والسهو في الجمعة والعيدين والمكتوبة واحد ومن المشايخ من قال لا يسجد للسهو في العيدين والجمعة لئلا يقع الناس في فتنة (ويجب) في ظاهر الرواية وهو الصحيح لانه شرع لرفع نقص تمكن في الصلاة ورفع ذلك واجب وفي المحيط انه عند الكرخي ويسن عند غيره (ان قرأ آية (في ركوع او سجود او قعود) او سجود او قومة لان كلا منهما ليس بمحل القراءة فيكون فعل من افعال الصلاة غير واقع في محله فيجب (او قدم ركنا) على محله وركن الشيء جزء ماهيته فركن الصلاة القيام والقراءة والركوع والسجود واما القعدة فشرط لصحة الخروج (او اخره) عن محله (او كرره) اي الركن وفيه اشعار بانه او كرر واجبا لم يجب السهو لكن في الخزانة وغيره ان تكرار الفاتحة في الاولين يوجب السهو ويمكن ان يقال ان التكرار لم يوجب بل ترك السورة فانها تجب ان تلي الفاتحة وينبغي ان يقيد ذلك بالفرائض لان تكرار الفاتحة في النوافل لم يكره كما في القهستاني (او غير واجبا او تركه) رأسا ساهيا وقيدنا بساهيا لانه لو تركه عامدا قيل يأثم لانه ذنب عظيم لا ترفعه سجدتان وقيل تفسد صلاته ويستثنى من ذلك مسئلتان ترك القعدة الاولى والتفكر في بعض الافعال بعد الشك حتى شغله عن ركن فانهما مع العمد يوجبان سجدة العذر كما في القهستاني وفي الينابيع نقلا عن الناطفي لا سهو في العمد الا في الموضعين الاول تأخير احدى سجدتي الركعة الاولى الى آخر الصلاة والثاني ترك القعدة الاولى انتهى فعلى هذا يكون في ثلثة مواضع لا في موضعين تأمل ثم اسار امثلة ماتقدم على الترتيب فقال (كركوع قبل القراءة) فان تقديمها على الركوع واجب لا فرض خلافا لزفر واما تقديم القيام على الركوع والركوع على السجود ففرض كما في الدرر (وتأخير القيام الى الثالثة بزيادة على التشهد) واختلفوا في قدر الزيادة فقال بعضهم بزيادة حرف وكلام المصنف يشير الى هذا وقال بعضهم بقدر ركن وهو الصحيح كما في اكثر الكتب وقال بعضهم بقوله اللهم صل على محمد وقال بعضهم لا يجب حتى يقول وعلى آل محمد والاول اصح وفي الزاهدي وعندهما لا سهو عليه اصلا وبه افتى بعض اهل زماننا وفي المحيط واستقبح محمد السهو لاجل الصلاة عليه صلى الله تعالى عليه وسلم (وركوعين) فان الاقتصار واجب ففي الزيادة عليه تركه (والجهر فيما يخفى وبالعكس) وكذا المخافتة فيما يجهر وفي الهداية واختلفت الرواية في المقدار والاصح قدر ماتجوز به الصلاة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن وما تصح به الصلاة كثير غير ان ذلك عنده آية واحدة وعندهما ثلث آيات لكن هذا على رواية النوادر واما في ظاهر الرواية فيجب سجود السهو بهما مطلقا اي قل او كثر كما في اكثر المعتبرات وفي الخلاصة وعليه الاعتماد

تبع وهذا فى حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة فى ظاهر الرواية (وترك القعود الاول) دون الثانى فانه مفسد (وقيل) قائله صدر الاسلام (كله) اى كل ما ذكر من تقديم الركن وتأخيره وتكريره وتغيير الواجب وتركه (يؤل) اى يرجع (الى ترك الواجب) لان الواجب عليه ان لا يفعل كذلك فاذا فعل فقد ترك الواجب فصار ترك الواجب شاملا للكل وفى التبيين والصحيح انه يجب بترك الواجب لاغير (وان تشهد فى القيام اوالركوع) اوالسجود (لايجب) لانه ثناء وهذه المواضع محل للثناء وعن محمد لو تشهد فى قيامه قبل قراءة الفاتحة فلا سهو عليه وبعدها يلزمه سجود السهو وهو الاصح كما فى التبيين (وان سهى مرارا يكفيه سجدتان) لقوله عليه الصلوة والسلام سجدتان بعد السلام تجزيان عن كل زيادة ونقصان (ويلزم) سجود السهو (المقتدى) اى المؤتم الحقيقى والحكمى كاللاحق (بسهو امامه ان سجد) وان لم يسجد الامام لسهوه لايسجد المؤتم لانه تبع لامامه وبسجوده بدونه يصير مخالفا لامامه ولا فرق فى ذلك بين السهو من الامام حالة الاقتداء به اوقبلها لان السبب الموجب اذا تقرر فى حق الاصل يتقرر على التبع حسب تقرره على الاصل ولهذا يلزم الاربع باقتدائه بالمقيم اوبنية امامه الاقامة (لابسهوه) اى لايلزم سجود السهو بسهو المقتدى لاعليه ولاعلى امامه لانه ان سجد وحده خالف امامه وان سجد الامام معه انقلب المتبوع تابعا والتابع متبوعا وهو قلب الموضوع ونقض المشروع (والمسبوق يسجد مع امامه) تبعا له ولايسلم (ثم يقضى) مافاته ولهذا قيل الاولى ان لايقوم قبل سلام الامام ولوقام قبله فقرأ وركع ولم يسجد فسجد الامام لسهوه يتابعه فيه لعدم تأكد انفراده ويقعد معه قدر التشهد الاول ثم يعيد القيام والركوع لارتفاضهما بمتابعته وان لم يتابعه وقيد ركعته بالسجدة فسدت صلاته وان سجد قبل سجود امامه لايتابعه لتأكد انفراده ويسجد فى آخر صلاته لسهو الامام استحسانا لالتزامه ان يفعل مثله كما فى الفتح وفى البدايع خلافه فلا تفسد بترك المتابعة ولو سها فيما يقضى سجد ثانيا ان كان تابع الامام وان لم يكن كفاه سجدتان وتنتظم الثانية الاولى ولو سلم مع الامام اوقبله فلا سهو ولو بعده لزمه وقيل يلزمه فى التسليمة الثانية دون الاولى (وان سها) المصلى (عن القعود الاول) فى ذوات الاربع اوالثلاث مقدار التشهد (وهو) اى المصلى (اليه) اى القعود (اقرب) من القيام اليه بان لم يرفع ركبتيه وعليه الاعتماد كما فى المضمرات وقيل بان لم يكن مستوى النصف الاول سواء كان رافع الالية والركبة اواحدهما وقيل بان لم يستو قائما وهو ظاهر الرواية وفى التبيين وهو الاصح قدم مفعول افعل التفضيل توسعا (عاد) الى القعود وتشهد لان مايقرب الى الشئ يأخذ حكمه ولاتجب عليه سجدة السهو وهو الصحيح وقيل تجب لان بالقيام وان قل يؤخر القعدة الواجبة (والا) اى وان لم يكن اليه اقرب بان رفع ركبتيه او بان كان مستوى النصف الاسفل دون الاعلى او بان استوى قائما (لا) اى لايعود لانه قائم معنى فكان كالقائم حقيقة ولو عاد فسدت صلاته على الصحيح لانه رفض فرضا بعد الشروع لما ليس بفرض وفى المنح واما المأموم اذا قام ساهيا فانه يعود ويقعد لان القعود فرض عليه بحكم المتابعة (ويسجد للسهو) لتركه الواجب وهو القعود الاول (وان سها عن القعود الاخير) حتى قام لركعة اخرى (عاد) الى القعود لاصلاح صلاته (مالم يسجد وسجد للسهو) لتأخيره فرضا واراد بالاخير القعود المفروض ليشمل الثلاثى والثنائى ويمكن ان يقال يسمى اخيرا باعتبار انه آخر الصلوة او باعتبار المشاكلة (فان سجد) سجدة تامة (بطل فرضيته) عند تمام الفساد (برفعه) اى الرأس من السجود (عند محمد) لان تمام الشئ بآخره وهو الرفع وعليه الفتوى لانه ارفق واقيس (وبوضعه عند ابى يوسف) لانه سجود كامل فاذا احدث فيه لايبنى عنده ويبنى عند محمد كما بين فى محله وهذه المسئلة تسمى مسئلة زه بالزاى المكسورة الخالصة وهى كلمة تقولها الاعاجم عند استحسان شئ

وقديستعمل فى التهكم ومنه قول ابى يوسف عند بلوغ قول محمد زه صلاة فسدت يصلحها الحدث (وصارت) اى انقلبت صلاته (نفلا) عند الشيخين لان فساد وصف الفرضية لايبطل اصل الصلاة (خلافا لمحمد فيضم سادسة ان شاء) فلو لم يضم صار الشفع الاول نفلا و بطل الثانى ولايلزم قضاؤه لانه مظنون والمظنون غير مضمون عندنا خلافا لزفر كما فى التسهيل وفى الدرر وضم فى الرباعى ركعة سادسة ان شاء وفى الثلاثى الصائر اربعا لايحتاج الى الضم اذا لركعات الثلاث بضم الرابعة اليها تحولت الى النفل فحصلت الصلاة التامة وفى الثنائى الصائر ثلثا وهو الفجر لايضم رابعة ليكون الكل نفلا لان التنفل بعد طلوع الفجر اكثر من سنة الفجر مكروه انتهى وفى النهاية وفى صلاة الفجر يقطع سواء قعد على رأس الثانية اولم يقعد لان التنفل قبل الفجر و بعده مكروه سوى ركعتيها وقال صاحب الفرائد فيه بحث وهو انه اذا قطع فى صلاة الفجر ولم يضم اليه ركعة هل يكون نفلا عندهما كما فى غيره او يبطل اصلا ان قيل يبطل اصلا يكون مخالفا لاصلهما وان قيل يكون نفلا يلزم التنفل بعد الصبح بثلاث ركعات وهو لايجوز انتهى وفيه كلام لانا لانسلم عدم الجواز لان عدم جواز التنفل بالوتر انما هو عند القصد واما عند عدمه فلا ولهذا لايلزمه شئ اوقطعه على انه فى صورة القعود على رأس الثانية فى الفجر تتم صلاة الفجر وتبطل الركعة عند القطع اما فى صورة عدم القعود فيبطل اصلا بترك القعود فلا مخالفة لاصلهما لانه مقيد بالقعود الاخير فافترقا تأمل (وان قعد) قدر التشهد (فى) الركعة (الرابعة ثم قام) سهوا (عاد) الى القعود (وسلم) لان التسليم حال القيام غير مشروع (مالم يسجد) فى الخامسة (وان سجد تم فرضه) لان الفائت عنه اصابة لفظ السلام فى الاخيرة وهو ليس بفرض عندنا (ويسجد للسهو) راجع الى كل من المسئلتين اما فى الاولى وهى ما اذا عاد وسلم فظاهر لانه آخر الواجب وهو السلام واما فى الثانية ففيه ثلثة اقوال فعند ابى يوسف يجبر نقصان النفل بالدخول فيه على غير الوجه المسنون وعند محمد لنقصان الفرض بترك السلام منه وقال الماتريدى الاصح ان يجعل السجود جبرا للنقص المتمكن فى الاحرام فيجبر النقص المتمكن فى الفرض والنفل جميعا (ويضم سادسة) هذا الضم آكد من الاول ولذا لم يقل ان شاء (والركعتان نفل) ان كان الفرض رباعيا لما روى ان النبى عليه الصلوة والسلام نهى عن البتيراء (ولا عهدة) وقطع) اى لايلزمه شئ لانه ظان فيها لكن فى الاصل وعليه ان يضيف سادسة وكلمة على للايجاب الا ان يقال كلمة على تستعمل هو هنا بمعنى الاكدية لا للايجاب لكن خلاف الظاهر تدبر (ولاتنوبان عن سنة الظهر) على الصحيح لان المواظبة على السنة انما كانت بتحريمة مبتدأة (ومن اقتدى به) اى بالساهى (فيهما) اى فى احدى هاتين الركعتين (صلاهما قضاء) عند ابى يوسف لكن فى الهداية هذا قول الشيخين لان الامام لما استحكم خروجه عن الفرض فصار كتحريمة مبتدأة (ولو افسد) المقتدى اياهما (قضاهما) عند ابى يوسف لان السقوط بعارض يخص الامام كما فى الهداية وفيه دلالة على ان لانص عن الامام الا فى التبيين وغيره ان هذا قول الشيخين وهو الصحيح وعليه الفتوى كما فى الجوهرة (وعند محمد يصلى ستا) وهو القياس وعليه الفتوى كما فى الكافى لانه لما شرع فى تحريمة الامام لزمه ما ادى به الامام وقد ادى ستا (ولا قضاء عليه) على المقتدى عند محمد (لو افسد) اعتبارا بالامام (ولو سجد للسهو فى شفع التطوع لايبنى شفعا آخر (عليه) كيلا يقع سجوده فى وسط الصلاة اذ السجدة فى خلال الصلاة لم تشرع (ولو بنى صح) لبقاء التحريمة ويعيد سجود السهو فى المختار وفى السرخسى ان لايصح البناء (وسلام من عليه السهو يخرجه من الصلاة) خروجا (موقوفا) عند الشيخين (ان سجد) للسهو (عاد اليها) اى الى الصلاة (والا) اى ان لم يسجد للسهو (لا) اى لايعود اليها لان السلام محلل والحاجة الى اداء السجود مانعة من التحلل فاذا لم يكن سجود عمل السلام عمله فيصح اقتداء من اقتدى به

بعد سلامه) الاول قبل سجود السهو لبقاء التحريمة عندهما وقال بعض المشايخ يخرج من الصلاة
من حين سلم وتنقطع به التحريمة من غير توقف على قولهما كما في التبيين (ويصير فرضه) اى فرض
المسافر (اربعا بنية الاقامة) في هذه الحالة (ويبطل وضوؤه بقهقهة) في هذه الحالة (ان سجد
للسهو والا) اى وان لم يسجد للسهو (فلا) وفيه كلام لان الظاهر ان هذا قيد للجميع من قوله
فيصح الى هنا وليس كذلك لان المسافر لو نوى الاقامة بعد السلام لا يسجد للسهو لان السجدة للسهو
في خلال الصلوة لم تشرع كما بين آنفا فلا يتغير فرضه اربعا بنية الاقامة عندهما كما في اكثر المعتبرات
وكذا لا يبطل وضوؤه بقهقهة عندهما لانها لم تصادف حرمة الصلاة اذ القهقهة قاطعة للتحريمة
لانها كلام فيتحقق خروجه عن الصلاة فكيف يسجد للسهو بل قيد لقوله فيصح اقتداء من اقتدى به
بعد سلامه فقط لكن عبارة المصنف لم تساعده بل هو سهو وتتبع فانه من مزالق الاقدام (وعند محمد)
وزفر (لا يخرجه) اصلا لان السجود وجب لجبر النقصان فلا بد ان يكون في احرام الصلاة ليتحقق
الجبر (فتثبت الاحكام المذكوره) من صحة الاقتداء وصيرورة فرضه اربعا وبطلان وضوئه
بقهقهة (سجد اولا) اى سواء سجد للسهو او لا لكن لا يسجد للسهو بعد نية الاقامة بل يتركه ويقوم
لانه لو سجد لبطل سجوده لوقوعه في وسط الصلاة (ولو سلم من عليه السهو بنية ان لا يسجد بطلت
نيته) لانها غير المشروع فلغت كنية الظهر ستا (وله ان يسجد) للسهو لبقاء التحريمة ما لم يفعل
ما ينافي الصلاة (وان شك في صلوته) انه (كم صلى ان كان اول ما عرض له) في تلك الصلاة كما قال
فخر الاسلام واختاره ابن الفضل وقال اكثر المشايخ اول ما وقع له في عمره وقال شمس الائمة السرخسي
ان السهو ليس بعادة له وهو اشبه كما في المحيط (استقبل) ثم الاستقبال لا يتصور الا بالخروج عن
الاول وذلك بالسلام او الكلام او عمل آخر مما ينافي الصلاة لكن السلام قاعدا اولى ومجرد النية
لم تكف في القطع (والا) اى وان لم تكن اول ما عرض له بل يعرض كثيرا (تحرى وعمل بغلبة ظنه)
دفعا للحرج وسجد للسهو حتى لو ظن انها رابعة مثلا فاتم وقعد وضم اليها اخرى وقعد احتياطا
كان مسيئا كما في المنية (فان لم يكن له ظن بنى على الاقل) المتيقن (وقعد في كل موضع احتمل انه
موضع القعود) فلو شك مثلا في ذوات الاربع انه صلى ركعة او ركعتين او ثلاثا او اربعا او لم يصل
شيئا فقعد قدر التشهد لاحتمال انه صلى اربعا ثم صلى اربع ركعات يقعد في كل ركعة قدر التشهد
لانه يمكن ان يكون آخر صلاته والقعدة الاخيرة فرض فلو شك في الوتر وهو قائم انها ثانية او ثالثة يتم
تلك الركعة ويقنت فيها ويقعد ثم يقوم ويصلي اخرى ويقنت فيها ايضا ولو شك انه صلى اولا
فان كان في الوقت فالظاهر انه لم يصلها وان كان بعده فالظاهر انه صلاها ولو شك انه ركع في
صلاته اولا ان كان في الصلاة يأتي به وان لم يكن فيها فالظاهر انه فعله كما في الشمني (توهم مصلي
الظهر انه اتمها فسلم ثم علم انه صلى ركعتين) وهو على مكانه (اتمها وسجد للسهو) لما روي انه
عليه الصلوة والسلام فعل كذلك ولان السلام ساهيا لا تبطل صلاته لكونه دعاء من وجه بخلاف
ما لو سلم على ظن ان فرض الظهر ركعتان او كان في صلاة العشاء فظن انها التراويح فسلم فانها
تبطل وكذا لو سلم على ظن انه مسافر او على ظن انها الجمعة او سلم ذاكرا ان عليه ركنا فان صلاته
تبطل

﴿باب صلاة المريض﴾

وجه مناسبة هذا الباب بما قبله ان كلا منهما من العوارض
السماوية غير ان الاول اعم موقعا لانه يقع في صلاة الصحيح والمريض فقدمه لشدة مساس الحاجة
الى بيانه ثم اضافته اضافة الفعل الى فاعله كقيام زيد (عجز عن القيام) بان لا يقوم اصلا لا بقوة نفسه
ولا بالاعتماد على شيء والا فلا يجزيه الا ذلك (او خاف زيادة المرض) او بطوءه او يجد الما شديدا
(بسببه) اى القيام (صلى قاعدا) كيف شاء وقال زفر قعد قعود التشهد وعليه الفتوى لان ذلك
ايسر على المريض كما في الخلاصة وغيره ولا يخفى ان الايسر عدم التقييد بكيفية من الكيفيات

لان عذر المرض اسقط عنه الاركان فلان تسقط عنه الهيئات اولى ولو قدر على بعض القيام بان قدر على التكبير قائما يقوم بما قدر عليه ثم يقعد (يركع ويسجد) ان قدر ولا يتركهما بترك القيام (وان تعذر الركوع والسجود اومى برأسه) اى يشير به الى الركوع والسجود (قاعدا) ان قدر على القعود لانه وسعه (وجعل سجوده) بالايماء (اخفض من ركوعه) لان نفس السجود اخفض من الركوع فكذا الايماء به (ولا يرفع الى وجهه شيئا للسجود) روى ان النبى عليه الصلوة والسلام عاد مريضا فرآه يصلى على وسادة فاخذها فرمى واخذ عودا ليصلى عليه فاخذه فرمى به وقال صل على الارض ان استطعت والا فاوم واجعل سجودك اخفض من ركوعك (فان فعل ذلك (وهو يخفض رأسه صح ايماؤه) لوجود الايماء (والا) اى وان لم يخفضه (فلا يصح) لعدم الايماء وفى الشمنى لو كان المريض يصلى بركوع وسجود فرفع اليه شئ فسجد عليه قالوا ان كان الى السجود اقرب منه الى القعود جاز والا فلا وفى القهستانى لو سجد على شئ مرفوع موضوع على الارض لم يكره ولو سجد على دكان دون صدره يجوز كالصحيح لكن لو زاد يومى ولا يسجد عليه (وان تعذر القعود اومى) بالركوع والسجود (مستلقيا) على ظهره ووضع وسادة تحت رأسه حتى يكون شبه القاعد ليتمكن من الايماء (ورجلاه الى القبلة او) اومى (مضطجعا ووجهه اليها) اى الى القبلة ورجلاه نحو يسارها او يمينها والاول اولى خلافا للشافعى وفى المنية الاظهر ان الاضطجاع لا يجوز لقوله عليه الصلوة والسلام يصلى المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا وان لم يستطع فعلى قفاه يومى ايماء وان لم يستطع فالله احق بقبول العذر منه (وان تعذر الايماء برأسه اخرت) الصلاة فلا تسقط عنه بل يقضيها اذا قدر عليها ولو كانت اكثر من صلاة يوم وليلة اذا كان مفيقا وهو الصحيح كما فى الهداية وفى الخانية الاصح انه لا يقضى اكثر من يوم وليلة كالمغمى عليه وهو ظاهر الرواية وهذا اختيار فخر الاسلام وشيخ الاسلام وفى الخلاصة وهو المختار لان مجرد العقل لا يكفى لتوجه الخطاب وفى التنوير وعليه الفتوى فان مات بلا قضاء لا شئ عليه كما فى الشمنى (ولا يومى بعينيه ولا بحاجبيه ولا بقلبه) لما روينا وفيه خلاف زفر (وان قدر على القيام وعجز عن الركوع والسجود يومى قاعدا) لان ركنية القيام لكونه وسيلة الى السجود الذى هو نهاية التعظيم فسقط الوسيلة لسقوط الاصل (وهو) اى الايماء قاعدا (افضل من الايماء قائما) لكون رأسه فيه اقرب الى الارض قال شيخ الاسلام يومى للركوع قائما والسجود قاعدا وقال زفر والشافعى يصلى قائما بالايماء كما فى التبيين (ولو مرض فى اثناء الصلاة بنى بما قدر) يعنى لو شرع فى الصلاة صحيحا قائما فحدث به مرض يمنعه عن القيام صلى ما بقى قاعدا يركع ويسجد او موميا قاعدا ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر لانه بناء الادنى على الاعلى كاقتداء المومى بالصحيح (ولو افتتحها قاعدا) للعجز (يركع ويسجد فقدر على القيام بنى قائما) عند الشيخين (وقال محمد يستأنف) لان اقتداء القائم بالقاعد جائز عندهما فجاز البناء وغير جائز عنده فلم يجز البناء (وان افتتحها بايماء) للعجز (فقدر على الركوع والسجود استأنف) لان اقتداء الراكع والساجد بالمومى لم يجز فكذا البناء ولو كان يومى مستلقيا ثم قدر على القعود ولم يقدر على الركوع والسجود استأنف على المختار ولو افتتحها بالايماء ثم قدر قبل ان يركع ويسجد جاز له ان يتمها بخلاف ما بعد الركوع والسجود كما فى جوامع الفقه (وللمتطوع ان يتكئ على شئ ان اعيى) اى اتعب واطلق الشئ فشمل العصا والحائط لكن الاتكاء بعذر غير مكروه اجماعا وبغير عذر كذلك عند الامام وعندهما يكره (ولو صلى) فرضا (فى فلك جار قاعدا بلا عذر صح) عند الامام لان الغالب فيها دوران الرأس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل وافضل من القيام الخروج من الشط ان امكن لانه اسكن للقلب (خلافا لهما) لان القيام مقدور عليه فلا يترك (وفى المربوط لا يجوز بلا عذر) اى القعود بلا عذر اجماعا هذا ان كان

مربوطا على الشط واما ان كان مربوطا في البحر وهو يضطرب اضطرابا شديدا فهو كالسائر في الحكم وان كان يسيرا فكالواقف وفي الايضاح ان كان مربوطا يمكنه الخروج الى البر لم يجز الفرض اصلا اذا لم يستقر على الارض وان كان غير مربوط جازت الصلاة فيه (ومن اغمى عليه او جن يوما وليلة قضى) مافاته وهذا استحسان والقياس ان لاقضاء عليه اذا استوعب وقت صلاة كاملة لتحقق العجز وبه اخذ الشافعي ووجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيلزم الحرج واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار ولهذا قال (وان زاد) الجنون والاغماء عليهما (ساعة) روى بالنصب على الظرف اى في جزء من الزمان ويجوز الرفع على الفاعلية والمعنى زاد عليهما ساعة (لايقضى) مافات من الصلوات الخمس بزيادة ساعة من وقت صلاة اخرى (وعند محمد يقضى مالم يدخل وقت) صلاة كاملة (سادسة) لان التكرار يتحقق به وهو الاصح واغما فسرنا بالصلاة الكاملة لانه لاتسقط عنه عند محمد مالم يستوعب الاغماء اوقات ست صلوات كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا وقال مالم يمض مكان مالم يدخل لكان اولى تأمل وفي المحيط لو حصل الاغماء بما هو معصية كشرب الخمر اكثر من يوم وليلة لايسقط عنه القضاء اتفاقا ولو حصل بالبنج قال محمد يسقط وقال الامام لايسقط

﴿باب سجود التلاوة﴾

لايخفى ان المناسب ان يقترن بسجود السهو لان كلا منهما سجدة لكن لما كان صلاة المريض بعارض سماوى كالسهو ذكر عقيبه لشدة المناسبة فتأخر هذا الباب ضرورة وهو من قبيل اضافة الحكم الى سببه وانما لم يقل سجود التلاوة والسماع بيانا للسببين مع ان السماع سبب ايضا لان التلاوة لما كانت سببا للسماع كان ذكرها مشتملا على السماع من وجه فاكتفى به وفي بعض المعتبرات ان السبب في حق السامع التلاوة في الاصح بشرط السماع فلا اشكال عليه لانه يكون من اضافة المسبب الى السبب الخاص (يجب) اى سجود التلاوة عندنا وقال الشافعي هو سنة لانه عليه الصلاة والسلام قرأ ولم يسجد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام السجدة على من سمعها او على من تلاها وكلمة على للوجوب ومارواه محمول على تأخير الاداء جمعا بين الحديثين (على من تلا آية) تامة او اكثرها او نصفها مع كلمة السجدة على الخلاف ولو قرأها وحدها الافلا تجب بكتاب ولا بقراءة هجاء (من اربع عشر آية في) آخر (الاعراف) وانما قيدنا بالاخر لان ما في اوله غير موجب للسجدة اتفاقا والاخر بمعنى النصف الاخر فلايكون الشئ ظرفا لنفسه والاعراف علم للسورة ظاهرا وقد جوزه سيبويه كما جوزه وغيره ان العلم سورة الاعراف وحذف الجز جائز بلا التباس وعلى هذا قياس باقي السور كما في القهستاني (والرعد والنحل والاسراء والمريم واولى الحج) اى اول ماذكر فيه السجود لان ما في الثانية للصلاة عندنا خلافا للشافعي فانه قال في سورة الحج سجدتان (والفرقان والنمل والم تنزيل وص) وقال الشافعي ليس في سورة ص سجدة (وفصلت) واختلف في موضع السجدة فعند على رضى الله تعالى عنه هو قوله ان كنتم اياه تعبدون وبه اخذ الشافعي وعند عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما هو قوله لايسأمون فاخذنا به احتياطا فان تأخير السجدة جائز لاتقديمها (والنجم والانشقاق والعلق) وقال مالك سورة النجم ومابعدها ليست من مواضع السجود (و) تجب (على من سمع ولو غير قاصد) سواء كانت القراءة بالعربية او بالفارسية فهم اولا لكن في العربية عليه السجود بكل حال وفي الفارسية كذلك عند الامام وعندهما ان السامع ان علم انه قرآن فعليه السجود والافلا ولابد ان يكون السامع اهلا لوجوب صلاة عليه حتى تجب على جنب اذا سمعها دون الحائض والنفساء والمجنون والصبي والكافر كما في بعض المعتبرات وفي المحيط لو سمع من كافر اوصبي عاقل او حائض او نفساء او جنب وجبت ولو سمعها من مجنون او نائم لا لان التلاوة صدرت من غير معرفة ولاتمييز ولو قرأها سكران وجبت عليه وعلى من سمعها منه وفي الفتاوى اذا سمعها

من مجنون تجب وكذا من النائم الاصح الوجوب ايضا انتهى هذا مخالف لما في المحيط فلابد من
التوفيق بينهما بان يحمل على اختلاف الروايتين (وعلى المؤتم بتلاوة امامه) وان لم يسمعها منه
بان قرأها الامام سرا او جهرا والمأموم ناء عنه او اقتدى به بعد قراءتها لانه لو لم يسجد معه لزم
المخالفة بين الاصل والتبع فلا يجوز (ولا يجب) السجود على الامام والمؤتم القارى ولا المؤتم
الذى هو غير ذلك المؤتم (بتلاوته) اى بتلاوة المؤتم (اصلا) لا في الصلاة ولا بعدها هذا
عند الشيخين وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا واما ما قال صاحب الفرائد في تفسير قوله اصلا
لا في الصلاة ولا بعدها لا على المؤتم ولا على الامام فلا يخلو عن قصور تدبر (الا على سامع ليس معه
في الصلاة) فيسجد بالاتفاق على الصحيح لان الحجر من السجدة عند تلاوة المؤتم انما ثبت في حق
الامام والمقتدى فلا يعدوهما (ولو سمعها المصلى ممن ليس معه) في الصلاة (لا يسجد في الصلاة)
لانها ليست بصلاتية لان سماعه هذه القراءة ليست من افعال الصلاة (ويسجد بعدها) لتحقق
سببها وهو السماع لتلاوة صحيحة (فان سجد فيها لا تجوز) فيعيدها لان فعلها في الصلاة
وقع ناقصا لكونه في غير محله (ولا تبطل الصلاة) وهو الاصح لانها عبادة زيدت في الصلاة
كزيادة سجدة تطوعا وهو ظاهر الرواية وفي النوادر تفسد لانه اشتغل فيها بما يفعل بعدها
(ولو سمعها من امام) قبل الاقتداء (فاقتدى به قبل ان يسجد) للتلاوة (سجد معه) لانه
لو لم يسمعها لسجد معه تبعا له فههنا اولى (وان اقتدى بعدما سجد) الامام (فان دخل في تلك الركعة)
التى تليت فيها آية السجدة (لا يسجد اصلا) لا في الصلاة ولا بعدها لانه صار مدركا للسجدة
بادراك الركعة فيصير مؤديا لها وفي الخلاصة من سمع قبل الاقتداء سجد بعد الصلاة مطلقا (وان
في غيرها) اى غير تلك الركعة التى تليت فيها آية السجدة (سجدها خارج الصلاة) لتحقق السبب
وهو السماع لتلاوة صحيحة (كما لو لم يقتد) بالامام بعد ما سمعها فانه يسجدها لتقرر السبب
في حقه وعدم المانع (ولا تقضى الصلاتية) هذا لحن والصواب الصلوية برد الالف واوا وحذف التاء
لكن في العناية انه خطأ مستعمل وهو عند الفقهاء خير من صواب نادر (خارجها) لان قراءة
القرآن في الصلاة افضل فلم يجز اداؤها خارج الصلاة لان الكامل لا يؤدى بالناقص الا اذا فسدت
الصلاة فيسجد خارجها وفيه اشارة الى ان وجوب السجدة في الصلاة على الفور لانه لا يجوز ان تقضى
فاساء بتركها وفي الخزانة ان من تلا آية سجدة في الصلاة فان كان في وسط القراءة فالافضل ان يركع
او يسجد للتلاوة في الحال غير ركوع الصلاة وغير سجودها ثم يقوم ويقرأ ويتم صلاته واما ان قرأ
بعدها آيتين او ثلث آيات ثم ركع وسجد لصلاته جاز وسقطت سجدة التلاوة عنه لان هذا القدر لا يقطع
الفور واو ركع لصلاته على الفور وسجد تسقط عنه السجدة نوى في السجدة التلاوة او لم ينو واجمعوا
على ان سجدة التلاوة تتأدى بسجدة الصلاة وان لم ينو للتلاوة واختلفوا في الركوع قال شيخ الاسلام
لابد للركوع من النية حتى ينوب عن السجدة نص عليه محمد وان قرأ بعد السجدة ثلث آيات وركع
لسجدة التلاوة لا ينوب الركوع عن السجدة لان هذا القدر يقطع الفور وقال شمس الائمة لا يقطع
(تلاها) اى آية السجدة ولم يسجد (ثم دخل في الصلاة واعادها) اى اعاد تلاوة تلك الآية
(وسجد كفته عن التلاوتين) لان غير الصلاتية صارت تبعا للصلاتية حتى لو لم يسجد فيها سقطت
وينبغى ان يكون الاعادة في الركعة الاولى حتى يصير وفاقيا والا ينبغى ان يبدأ خلافا عند محمد كما في التسهيل
وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ من الصلاة لان الاولى قوة السبق فاستوتا قلنا للثانية قوة
اتصال المقصود فترجحت كما في الهداية (وان سجد للاولى ثم شرع) في الصلاة (واعادها)
في الصلاة (يسجد) مرة (اخرى) لان الصلاتية اقوى فلا يكون تبعا للاضعف (ولو كرر)
تلاوة (آية واحدة) او سماعها من واحد او متعدد (في مجلس واحد كفته سجدة واحدة) لان مبنى

السجود على التداخل ما امكن وامكانه على اتحاد المجلس لكونه جامعا المتفرقات فيما يتكرر للحاجة كما في الايجاب والقبول وغيره والقارئ محتاج الى التكرار للحفظ والتعليم والاعتبار فالزام التكرار في السجدة مفض الى الحرج لا محالة وهو مدفوع والتداخل قد يكون في الاسباب بان ينوب واحد منها عما قبله وما بعده وهو اليق بالعبادة لان تركها مع وجود سببها شنيع وقد يكون في الاحكام وهو اليق بالعقوبات لانها شرعت للزجر فهو ينزجر بواحدة فيحصل المقصود فلا حاجة الى الثانية (وان بدلهما) اى آية السجدة (او المجلس لا) اى لا تكفيه سجدة واحدة ثم المجلس لا يختلف بمجرد القيام ولا بخطوة او خطوتين ولا بالانتقال من زاوية الى زاوية الا ان يكون كبيرا كالمسجد الحرام وقيل خلافه ولا باكل لقمة ولا بشرب شربة فلا يلزم تكرار السجدة بتكرارها واما اذا تلا فاكل اوشرب اونام مضطجعا اوعمل كثيرا او اخذ في عقد البيع ثم تلا فتلزمه سجدة اخرى استحسانا (وتسدية الثوب) اى تسوية سداه بان يغرز في الارض خشبات ثم يجئ ويذهب مع الغزل ليسوى السدى (والدياسة والانتقال من غصن) شجرة (الى) غصن (آخر) سواء كان قريبا اوبعيدا (تبديل) فلا تكفى سجدة لان المكان تبدل حقيقة وقيل تكفيه في الانتقال من غصن الى غصن آخر سجدة واحدة لان العبرة لاصل الشجر وهو واحد والصحيح الاول وعلى هذا الخلاف السباحة في الماء ولو كررها على الدابة وهي تسير في غير الصلاة تتكرر السجدة لان سير الدابة يضاف الى راكبها ولا يتكرر بتكرارها في السفينة لان سير السفينة غير مضاف الى راكبها وانما جريانها بالماء والريح فصار عين السفينة مكان راكبها وانه متحد ولو كرر المصلي في ركعة كفته سجدة قياسا واستحسانا لاتحاد المجلس ولو في ركعتين فكذلك عند ابي يوسف (ولو تبدل مجلس السامع تكرر الوجوب عليه وان اتحد مجلس التالي) باتفاق المشايخ لان السبب في حقه السماع على ما قيل ومجلسه متعدد (وان تبدل مجلس التالي واتحد مجلسه لا) اى لا يتكرر الوجوب عليه على الاصح وفي السراجية وعليه الفتوى لكن هذا على ان السبب في حق السامع هو السماع لا التلاوة واما على القول بان السبب في حق السامع التلاوة ايضا والسماع شرط فينبغي ان يعتبر في التكرار وعدمه تبدل مجلس التالي وعدمه كما في المنح (وكيفيته) اى سجود التلاوة (ان يسجد بشرائط الصلاة) اعتبارا بسجدة الصلاة خلافا لابن عمر فانه يسجد على غير وضوء كما في الشمني (بين تكبيرتين) واحدة عند الوضع واخرى عند الرفع (من غير رفع يد) خلافا للشافعي فانه يرفع يديه ويقول انها عبادة قائمة بنفسها فاعتبارها ما اعتبر في الصلاة من الدخول والخروج ونحن نقول ان المأمور به هو السجود فلا يزاد عليها بالرأى (ولا تشهد) لانه لم يشرع الا في القعود ولا قعود عليه (ولا سلام) لانه للتحليل وهو يقتضي سبق التحريمة وهي منعدمة فاذا اراد السجود يستحب له ان يقوم فيسجد لانه مأثور (ويكره ان يقرأ سورة ويدع آية السجدة) لانه يشبه الاستنكاف عنها وذا ليس من اخلاق المؤمنين (لا عكسه) وهو ان يقرأ آية السجدة ويدع ما سواها لانه مبادر اليها حتى قيل من قرأ آى السجدة كلها في مجلس وسجد كلا كفاه الله تعالى ما اهمه (وندب ان يضم اليها آية او آيتين قبلها) لئلا يؤدي الى ايهام تفضيل آية على آية وانما قيد بقبلها لموافقة محمد فانه قال احب الى ان يقرأ قبلها آية او آيتين وفي الخانية ان قرأ معها آية او آيتين فهو احب هذا اشمل من عبارة محمد لتناولها ما قبلها وما بعدها (واستحسن في الصلاة وغيرها (اخفاؤها عن السامعين) شفقة عليهم لان السامع ربما لا يؤديها في الحال المانع فلا يؤديها بعد ذلك بسبب النسيان فيبقى عليه الواجب فيأثم فلو كان السامع بخلاف ذلك بل متهيئ للسجود ينبغي ان يجهر حثا على الطاعة (وتقضى) لانها واجبة وفي المنح او سمع آية سجدة من كل واحد حرفا لم يسجد فبهذا علم ان اتحاد التالي شرط وفي الكافي تلا عند طلوع الشمس وسجد عند الزوال او الغروب اوراكبا فنزل ثم ركب واومى انها صح خلافا لزفر واو تلا على الارض وسجد

راكبا لا يجوز وعند الشافعي يجوز ﴿باب المسافر﴾ اي باب صلاة المسافر لما كان السفر
من العوارض المكتسبة ناسب ان يذكر مع سجدة التلاوة وانما قدم سجود التلاوة لان سبب سجود التلاوة
وهي عبادة وسبب قصر الصلاة في السفر ليس بعبادة بل هو مباح والعبادة مقدمة والاضافة
من باب اضافة الشيء الى شرطه او الى فاعله والسفر في اللغة قطع المسافة والمراد هنا قطع خاص
يتغير به الاحكام وهو لا يتيسر الا بالقصد فلهذا قال مريدا لانه لو طاف جميع العالم بلا قصد سير
ثلاثة ايام لا يصير مسافرا ولو قصد ولم يظهر ذلك بالفعل فكذلك فكان المعتبر في حق تغيير الاحكام
اجتماعهما (من جاوز بيوت مصره) ولم يذكر القرية لانها تابعة في الحكم وليس بتغليب كما ظن
وهي جمع بيت مأوى الانسان من نحو حجر او صوف ويدخل ما كان من محلة منفصلة وفي القديم كانت
متصلة وتدخل في بيوت المصر ربضه لقول علي رضي الله تعالى عنه لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا
كما في الفتح واما فناء المصر فظاهر كلام المصنف كالهداية انه لا يشترط مجاوزته وقد فصل قاضيخان
فقال ان كان بين المصر وفنائه اقل من قدر غلوة ولم تكن بينهما مزرعة تعتبر مجاوزة الفناء ايضا
وان كانت بينهما مزرعة او كانت المسافة بين المصر وفنائه قدر غلوة تعتبر مجاوزة عمران المصر وكذا
اذا كان الانفصال بين القريتين او بين قرية ومصر وان كانت القرى متصلة بربض المصر فالمعتبر
مجاوزة القرى هو الصحيح وان كانت متصلة بفناء المصر لا بربض المصر تعتبر مجاوزة الفناء ولا تعتبر
مجاوزة القرى وقال صاحب الفتح بعد ما نقله والحاصل انه قد صدق مفارقة بيوت المصر مع عدم
جواز القصر في عبارة الهداية ارسال غير واقع ولو ادعينا ان بيوت تلك القرى داخلة في مسمى
المصر اندفع هذا لكنه تعسف (من جانب خروجه) وان كانت بحذائه من جانب آخر
ابنية (مريدا) حال من الفاعل (سيرا وسطا ثلثة ايام) اي مسيرة ثلثة ايام ولياليها الايام للمشي
والليالي للاستراحة ولهذا تركت لكن قدر السير من طلوع الفجر الى غروب الشمس في زمان
الاعتدال مع الاستراحات التي تكون في خلال ذلك لان المسافر لا يمكنه ان يمشي دائما بل يمشي
في بعض الاوقات ويستريح في بعضها ويأكل ويشرب وقدره ابو يوسف بيومين واكثر اليوم
الثالث والشافعي بيومين وهو ستة عشر فرسخا وفي قول له بيوم وليلة (قصر الفرض الرباعي
وصار فرضه فيه ركعتين) فان الصلاة فرضت في الاصل ركعتين فزيدت في الحضر واقرت على
اصلها في السفر كما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما انه قال
لا تقولوا قصرا فان الذي فرضها في الحضر اربعا فرضها في السفر ركعتين كما في شرح الطحاوي
وعن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما من صلى في السفر اربعا كان كمن صلى في الحضر ركعتين وعنه
ان صلاة المسافر ركعتان تمام غير قصر على لسان نبيكم فعلم بهذا ان القصر عزيمة عندنا ومن حكى
خلافا بين الشارحين في ان القصر عندنا رخصة او عزيمة فقد غلط لان من قال رخصة عنى رخصة
الاسقاط وهي العزيمة وتسميتها رخصة مجازا كما في الفتح وقال الشافعي فرضه الاربع والقصر
رخصة اسقاط [illegible] عليه ما رويناه وفيه اشارة الى ان لا قصر في الثلاثي والثنائي كما في الوتر
والسنن واختلفوا في ترك السنن فقيل الافضل هو الترك ترخصا وقيل الفعل تقربا وقيل الفعل نزولا
والترك سيرا والمختار الفعل [illegible] وقال [illegible] الفرض والمسافر [illegible] ويستثنى
[illegible] الفجر عند الحسن وقيل سنة المغرب (والمعتبر في الوسط في السهل) [illegible]
([illegible] الابل ومشي الاقدام) بالسير المعتدل وهو سير القافلة (وفي البحر اعتدال الريح وفي الجبل
ما يليق به) فانه تعتبر مسيرة ثلاثة ايام وان كان تلك المسافة في السهل تقطع بما دونها فلو كان
[illegible] ان احدهما مسيرة ثلثة ايام والآخر اقل منها ففي الطريق الاول يقصر وفي الثاني لا
[illegible] بالفراسخ وهو الصحيح وقيل يقدر بواحد وعشرين فرسخا

كانهم قدروا كل يوم بمرحلة سبعة فراسخ وقيل خمسة عشر لانه قدر بخمسة وقيل ثمانية عشر لانه المتوسط بين الاكثر والاقل وهو المختار لكن هذا مخالف لمذهب الامام والنص الصريح (فلو اتمها المسافر) الرباعي بان يأتي جميع افعاله واقواله كالقراءة هذا تفريع على كون فرضه فيه ركعتين (ان قعد في الثانية) قدر التشهد (صحت) لان فرضه ثنتان والقعدة الاولى فرض عليه لانها آخر صلاته فاذا وجدت يتم فرضه (و) لكنه (اساء) لتأخير السلام وما زاد على الركعتين نفل (والا) اى وان لم يقعد في الثانية (فلا تصح) لانه خلط النفل بالفرض قبل اكماله فانقلب الكل نفلا اذا اقتدى بمقيم كما سيأتي او نوى الاقامة في القومة الثالثة فانه يصير مقيما وينقلب فرضه اربعا وانما صرح بهذه المسئلة مع كونها مستفادا من المفهوم تفصيلا لمحل الخلاف لانه تبطل الصلاة اصلا عند محمد كما بين آنفا (ولا يزال) اى المسافر عن ان يكون (على حكم السفر حتى يدخل وطنه) هذا ان اكمل في ذهابه ثلاثة ايام واما ان لم يكملها فيتم بمجرد رجوعه لانه نقض السفر قبل استحكامه (او ينوى مدة الاقامة ببلد آخر او قرية) لان الاقامة لا تعتبر الا في موضع صالح لها وغير البلد والقرية لا تصلح للاقامة هذا اذا سار ثلاثة ايام واما اذا سار دونها فيتم اذا نوى الاقامة ولو في المفازة وقلل الجبال (وهي) اى مدة الاقامة (خمسة عشر يوما او اكثر) لما روى عن عمر وابن عباس رضي الله تعالى عنهما انهما قالا اقل مدة الاقامة خمسة عشر يوما وهذا حجة على الشافعي فانه قال اربعة ايام لكن المختار في مذهبه ان تكون هذه الاربعة غير يوم الدخول والخروج ولو ترك قوله او اكثر لكان اخصر لانه بيان اقل المدة فقد حصل بدونه (ولو نواها) اى الاقامة (بموضعين كمكة ومنى لا يصير مقيما الا ان يبيت باحدهما) لان اقامة المرء تضاف الى مبيته هذا اذا كان كل من الموضعين اصلا بنفسه وان كان احدهما تبعا للآخر بان كان قريبا من المصر بحيث تجب الجمعة على ساكنه فانه يصير مقيما فيهما بدخول احدهما ايهما كان لانهما في الحكم كوطن واحد كما في التبيين وفي السراجية رجل قدم مكة حاجا في عشر الاضحى وهو يريد ان يقيم بها سنة فانه يصلي ركعتين حتى يرجع من منى لان نية الاقامة للحال لا معتبر بها لانه يحتاج الى ان يخرج الى منى لقضاء المناسك فصار بمنزلة نية الاقامة في غير موضعها فاذا خرج الى منى يصلي اربعا الا اذا كان لاحقا (وقصر ان نوى) الاقامة (اقل منها) اى المدة المذكورة وهي نصف الشهر (او لم ينو) شيئا بل على عزم ان يخرج غدا او بعد غد (وبقي سنين) لانه لا تعتبر الاقامة بدون عزيمة وفي المحيط لو وصل الحاج الى الشام وعلم ان القافلة انما تخرج بعد خمسة عشر يوما وعزم ان لا يخرج الا معهم لا يقصر لانه كناوي الاقامة (وكذا) يقصر (عسكر نواها) اى الاقامة (بارض الحرب او حاصروا مصرا فيها) اى ارض الحرب لانها ليست موضع الاقامة لانهم بين القرار والفرار لكن من دخل فيها بامان ونوى الاقامة صحت كما في الخانية (او حاصروا اهل البغي في دارنا في غيره) اى المصر وكذلك ان حاصروا في البحر فانهم ايضا يقصرون ولا تجوز اقامتهم وعن ابي يوسف تصح اقامتهم اذا كانوا في بيوت المدر (ويتم اهل الاخبية) كالاعراب والاتراك جمع خباء وهو بيت من وبر او صوف (او نووا) اى الاقامة في موضع خمسة عشر يوما (في الاصح) احتراز عما قيل لا تجوز اقامتهم بل يقصرون لانها لا تصح الا في الامصار والقرى وقال السرخسي والصحيح انهم مقيمون لان الاقامة اصل والسفر عارض وهم لا ينوون السفر قط انما ينتقلون من ماء الى ماء ومن مرعى الى مرعى فكانوا مقيمين باعتبار الاصل الا اذا ارتحلوا عن موضع اقامتهم في الصيف وقصدوا مواضع اقامتهم في الشتاء وبينهما مسيرة ثلاثة ايام فانهم يصيرون مسافرين في الطريق وقيد باهل الاخبية لان غير اهلها من المسافرين لو نوى الاقامة لا تصح عند الامام وهو الصحيح لان الصحراء ليست بمحل الاقامة في حق غير اهلها وحاصل الكلام ان الاتمام يتوقف على ستة شروط النية واستقلال الرأي والمدة وترك السير

واتحاد الموضع وصلاحيته (ولو اقتدى المسافر) فى الرباعى ولو قبل السلام (بالمقيم فى الوقت) ولو قدر التحريمة على الاصح (صح) اقتداؤه (ويتم) ما شرع فيه اربعا بالتبعية حتى لو افسدها هو او امامه قضى ركعتين فقط (و بعده) اى خروج الوقت (لا يصح) لان فرض المسافر لا يتغير بعد الوقت لانفصال سببه وهو الوقت كما لا يتغير بعده بنية الاقامة (ولو اقتدى المقيم به) اى بالمسافر (صح فيهما) اى فى الوقت و بعده لان صلاة المسافر فى الحالين واحدة والقعدة فرض فى حقه غير فرض فى حق المقتدى و بناء الضعيف على القوى جائز (و يقصر هو و يتم المقيم) لانه التزم الموافقة فى الركعتين فينفرد فى الباقى (بلا قراءة فى الاصح) لانه فيهما كانه مؤتم فلا قراءة للمؤتم وفى الخانية لا قراءة عليهم فيما يقضون ولا سهو عليهم اذا سهو (ويستحب له) اى الامام المسافر (ان يقول لهم) اى للمقيمين (اتموا صلاتكم فانى مسافر) هكذا نقل عن النبى عليه الصلاة والسلام وهذا يدل على ان يقول بعد الفراغ وفى شرح الارشاد و ينبغى ان يخبر الامام القوم قبل شروعه انه مسافر فاذا لم يخبر اخبر بعد السلام وقال صاحب الفتح معللا الاستحباب لاحتمال ان يكون خلفه من لا يعرف حاله ولا يتيسر له الاجتماع بالامام قبل ذهابه فيحكم حينئذ بفساد صلاة نفسه بناء على ظن اقامة الامام ثم افساده بسلامه على رأس الركعتين وهذا محل ما فى الفتاوى اذا اقتدى بامام لا يدرى امسافر هو ام مقيم لا يصح لان العلم بحال الامام شرط الاداء بجماعة انتهى لانه شرط فى الابتداء (و يبطل الوطن الاصلى) وهو البلدة او القرية التى ولد بها او تأهل فيها (بمثله) الا يرى انه عليه الصلاة والسلام بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين حتى قصر وفى محيط السرخسى او كان له اهل بالكوفة واهل بالبصرة فمات اهله بالبصرة و بقى له دور وعقار بالبصرة قيل البصرة لا تبقى وطنا له لانه انما كانت وطنا له بالاهل لا بالعقار الا ترى انه لو تأهل ببلدة ولم يكن له عقار صارت وطنا له وقيل تبقى وطنا له لانه كانت وطنا له بالاهل والدار جميعا فبزوال احدهما لا يرتفع الوطن كوطن الاقامة يبقى ببقاء الثقل (لا بالسفر) اى لا يبطل الوطن الاصلى بالسفر بل بمجرد دخول المسافر الى الوطن الاصلى يصير مقيما ولا يفتقر الى نية الاقامة (و) يبطل (وطن الاقامة) وهو البلدة او القرية التى ليس للمسافر فيها اهل ونوى ان يقيم فيها خمسة عشر يوما (بمثله) لان الشئ ينتقض بمثله حتى لو نوى الاقامة فى بلد ثم راح منه فى بلد آخر ثم راح منه واقام واتى البلد الاول قصر ما لم ينو الاقامة ثانيا (و السفر) اى يبطل وطن الاقامة به لانه ضد الاقامة و ... بعد حتى لو نوى الاقامة فى بلد ثم سافر ثم اتى ذلك البلد قصر ما لم ينوها (والاصلى) اى يبطل وطن الاقامة بالاصلى لانه اقوى من وطن الاقامة حتى لو نوى الاقامة فى بلد ثم دخل وطنه الاصلى ثم دخل ذلك البلد قصر ما لم ينوها ولم يذكر وطن السكنى وهو البلد الذى ينوى الاقامة فيه اقل من خمسة عشر يوما لانه لم يثبت فيه حكم الاقامة بل حكم السفر فيه باق كما فى اكثر المعتبرات لكن فى الظهيرية خلافه فليراجع (وفائتة السفر تقضى فى الحضر ركعتين وفائتة الحضر) رباعية (تقضى فى السفر اربعا) لان القضاء على حسب الاداء (والمعتبر فى ذلك) اى وجوب الاربع او ركعتين (آخر الوقت) لان الوجوب يتعلق بآخر الوقت حتى لو سافر آخر الوقت قصر وان اقام المسافر آخر الوقت تمم كما فى الاختيار (و) المسافر (العاصى) فى سفره كآبق العبد والخروج على الامام وحج المرأة من غير محرم (كغيره) اى سفر الطاعة فى الترخص كاستكمال مدة المسح وسقوط العيد والجمعة لاطلاق النصوص الواردة فى القصر وعند الائمة الثلاثة لا يترخص العاصى فلا يجوز عندهم قصر الصلاة وترك الصوم (ونية الاقامة والسفر تعتبر من الاصل دون التبع) يعنى اذا نوى الاصل السفر او الاقامة يكون التبع كذلك ولا يحتاج الى النية استقلالا (كالعبد) مع مولاه (والمرأة) مع زوجها فانها تكون تبعا له اذا كانت مستوفية لمهرها والا تعتبر نيتها (والجندى) مع الامير الذى

يلي عليه ورزقه منه ومثله الامير مع الخليفة وهو انما يكون تبعاله اذا كان رزقهم منه وقال صاحب البحر ليس مراد المصنف قصر التبع على هؤلاء الثلاثة بل هو كل من كان تبعاله وتلزمه طاعته وفي الدرر السلطان اذا سافر قصر الا اذا طاف في ولايته من غير ان يقصد مايصل اليه في مدة السفر فانه حينئذ لايكون مسافرا او طلب العدو ولم يعلم اين يدركه فانه ايضا لايكون حينئذ مسافرا وفي الرجوع يقصر ان كان بينه و بين منزله مسيرة سفر

﴿ باب الجمعة ﴾

المناسبة بين هذا و بين ماقبله تنصيف الصلاة لعارض الا ان التنصيف هنا في خاص من الصلاة وهو الظهر وفيما قبله في كل رباعية وتقديم العام هو الوجه وهي بضم الميم واسكانها وفتحها حكى ذلك الفراء والواحدي من الاجماع وهي فريضة محكمة لايسع تركها و يكفر جاحدها وهي فرض عين الاعند ابن كج من اصحاب الشافعي فانه يقول فرض كفاية وهو غلط كما في شرح الوجيز وقال السكاكي اضيف اليها اليوم والصلاة ثم كثر استعماله حتى حذف منها المضاف (لاتصح) الجمعة (الابستة شروط) هذه الشروط للاداء وانما قدمها على شروط الوجوب لان الوجوب عند وجوب الاسباب (المصر اوفنائه) حتى لاتجوز في المفاوز ولا في القرى والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في افنية المصر وعند الشافعي تجوز في قرية يستوطن فيها اربعون حرا ذكرا بالغا والحجة عليه قول علي رضي الله تعالى عنه لاجمعة ولاتشريق ولاصلاة فطر ولااضحى الا في مصر جامع كما في اكثر الكتب لكن هذا مشكل جدا لان الشرط الذي هو فرض لايثبت الا بقطعي (والسلطان) اي الوالي الذي لاوالي فوقه (اونائبه) وهو الامير او القاضي او الخطباء وانما كان شرطا للصحة لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقديم والتقدم وقد تقع في غيره فلابد منه تتميما لامره واختلف في الخطيب المقرر من جهة السلطان اونائبه هل يملك الاستنابة في الخطبة فقال صاحب الدرر ليس له استنابة اصلا ولا للصلاة ابتداء الا ان يفوض اليه ذلك والناس عنه غافلون ورد عليه المولى الفاضل ابن الكمال في رسالة خاصة له في هذه المسئلة و برهن فيها على الجواز من غير شرط و اطنب فيها وابدع ولكثير من الفوائد اودع لكن ذلك ان كان لضرورة تشغله عن اقامة الجمعة في وقتها والا فلا فليراجع اقول ان الاستخلاف جائز مطلقا في زماننا لانه وقع في تاريخ خمس واربعين وتسعمائة اذن عام وعليه الفتوى وقال الشافعي ليس ذلك بشرط اعتبارا بسائر الصلوة ولنا قوله عليه الصلوة والسلام من ترك الجمعة وله امام عادل اوجائر فلاجمع الله شمله الحديث شرط فيه ان يكون له امام (ووقت الظهر) اي شرط ادائها وقت الظهر لكن الوقت سبب لاشرط الا ان يصار الى المجاز فلا تجوز قبله و بعده لانه عليه الصلوة والسلام كان يصلي الجمعة حين تميل الشمس وكذا الخلفاء الراشدون هذا حجة على قول احمد فانه قال تصح قبل الزوال ايضا وقول مالك فانه قال تصح بعده ممتدا الى المغرب بناء على ان وقت الظهر والعصر واحد عنده (والخطبة قبلها) اي قبل الجمعة فلو صلى ثم خطب لاتصح لانها شرط وشرط الشيء سابق عليه (في وقتها) اي في وقت صلاة الظهر فلو خطب قبله وصلى في الوقت لم تصح (والجماعة) بالاجماع (والاذن العام) وهو ان يفتح ابواب الجامع للواردين قالوا السلطان اذا اراد ان يصلي بحشمه في داره فان فتح الباب واذن اذنا عاما جازت الصلاة ولكن يكره والا لم يجز كما في الكافي ومايقع في بعض القلاع من غلق ابوابه خوفا عن الاعداء اوكانت له عادة قديمة عند حضور الوقت فلابأس به لان الاذن العام مقرر لاهله ولكن لو لم يكن لكان احسن كما في شرح عيون المذاهب وفي البحر والمنح خلافه لكن ماقررناه اولى لان الاذن العام يحصل بفتح باب الجامع وعدم المنع ولا مدخل في غلق باب القلعة وفتحه ولان غلق بابها لمنع العدو لا لمنع غيره تدبر وعند الائمة الثلاثة لايشترط الاذن العام (والمصر كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام و يقيم الحدود) هذا عند ابي يوسف في رواية وهو ظاهر المذهب على مانص عليه السرخسي وهو اختيار الكرخي

والقدوري وفي العناية وانما قال ويقيم الحدود بعد قوله ينفذ الاحكام لان تنفيذ الاحكام لا يستلزم اقامة الحدود فان المرأة اذا كانت قاضية تنفذ الاحكام وليس لها ان تقيم الحدود وكذلك المحكم انتهى وظاهره ان البلدة اذا كان قاضيها اواميرها امرأة لا تكون مصرا فلا تصح الجمعة فيها ولكن في البحر خلافه وفي البدائع ان السلطان اذا كان امرأة فامرت رجلا صالحا للامامة حتى يصلي بهم الجمعة جاز لان المرأة تصلح سلطانا اوقاضية في الجملة فتصح انابتها تدبر (وقيل) قائله صاحب الوقاية وصدر الشريعة وغيرهما (مالو اجتمع اهله في اكبر مساجده لا يسعهم) هذا في رواية اخرى عن ابي يوسف وهو اختيار الثلجي وانما اورد بصيغة التمريض لانهم قالوا ان هذا الحد غير صحيح عند المحققين مع ان الاول يكون ملائما للشرط وجود السلطان ونائبه ومناسبا لما قاله الامام المصر كل بلدة فيها سكك واسواق ولها رساتيق ووال لدفع المظالم وعالم يرجع اليه في الحوادث وفي العناية هو الصحيح وكذا روى عن ابي يوسف في غير هاتين الروايتين انه كل موضع يكون فيه كل محترف ويوجد فيه جميع مايحتاج الناس اليه في معاشهم وفيه فقيه يفتي وقاض يقيم الحدود وعن محمد ان كل موضع مصره الامام فهو مصر حتى لو بعث الى قرية نائبا لاقامة الحدود والقصاص تصير مصرا فاذا عزله يلحق بالقرى (وفناؤه) اى المصر (مااتصل به) اى بالمصر (معدا لمصالحه) يعني لحوائج اهله من دفن الموتى وركض الخيل ورمي السهم ونحو ذلك وانما قيد بالاتصال لانه لو كان منفصلا بينه وبين المصر بالمزارع والمراعي لا يكون فناء له كما بين في باب المسافر عن الخانية لكن قد خطأ صاحب الذخيرة حيث قال فعلى قول هذا القائل لا يجوز اقامة الجمعة ببخارى في مصلى العيد لان بين المصر وبين المصلى مزارع وقعت هذه المسئلة مرة وافتى بعض مشايخ زماننا بعدم الجواز ولكن هذا ليس بصواب فان احدا لم ينكر جواز صلاة العيد في مصلى العيد ببخارى لامن المتقدمين ولامن المتأخرين وكان المصر اوفناؤه شرط جواز الجمعة فهو شرط جواز العيد كما في الاصلاح (وتصح في مصر) واحد (في مواضع هو الصحيح) وهو قول الطرفين نقلا عن الفتح وفي المنح الاصح الجواز مطلقا خصوصا اذا كان مصرا كبيرا فان في اتحاد الموضع حرجا بينا لاستدعائه تطويل المسافة على الاكثر وفي كلامه اشعار بانه لو كان المصر صغيرا لامشقة في اجتماع اهله في موضع واحد لا تجوز فيه الزيادة على واحد (وعن الامام) لا تجوز الا (في موضع فقط) لانها من اعلام الدين فلا يجوز تقليل جمعها وفي جوازها في مكانين تقليلها فان اديت في موضعين او اكثر فالجمعة للاول شرعية وان وقعتا معا بطلتا لعدم المرجح وقيل فرادى وقيل فيهما جميعا وقيل تجوز في موضعين ولا تجوز في اكثر وهو رواية عن ابي يوسف ومحمد ورواية عن الامام لكن في الخانية لم يذكر قول الامام وانما ذكر بين ابي يوسف ومحمد (وعند ابي يوسف) تجوز (في موضعين ان حال بينهما نهر) كبير كبغداد او كان المصر كبيرا كما في التبيين وروى عنه انه لا تجوز اذا كان عليه جسر وعنه انه كان يأمر برفع الجسر في بغداد وقت الصلاة ليكون كمصرين ثم كل موضع وقع الشك في جواز الجمعة بتفويت شرطها ينبغي ان يصلي اربع ركعات وينوي بها الظهر ليخرج عن فرض الوقت بيقين اولم تقع الجمعة موقعها كما في الكافي وفي القنية عن بعض المشايخ لما ابتلي اهل مرو باقامة جمعتين مع اختلاف العلماء في جوازها امرهم ائمتهم باداء الاربع بعد الظهر حتما احتياطا ثم اختلفوا في نيتها فالاحسن والاحوط ان يقول اللهم اني اريد آخر ظهر ادركت وقته ولم اصله بعد لان ظهر يومه انما يجب عليه باخر الوقت كما في المطلب (ومنى مصر في الموسم تصح الجمعة فيها) عند الشيخين لتمصرها في ايام الموسم لاجتماع شرائط المصر وبقاؤها مصرا ليس بشرط لان الدنيا على شرف الزوال خلافا لمحمد لانها قرية او هو منزل من منازل الحاج ولهذا لا يصلون صلاة العيد بها لعدم التعييد

للتخفيف لاشتغال الحاج بالمناسك لا لعدم المصرية (للخليفة او امير الحجاز) وهو امير مكة او المأذون من جهتهم (لا لامير الموسم) وهو المسمى بامير الحاج وان كان مقيما لانه غير مأمور باقامة الجمعة الا اذا كان مأذونا من جهة من له الاذن وقيل ان كان مقيما تجوز وان كان مسافرا لا تجوز والاول الصحيح كما فى البدايع (ولا) تصح الجمعة (بعرفات) لانها لا تمصر باجتماع الناس وحضرة السلطان لانها من البرارى القفار (وفرض الخطبة) عند الامام (تسبيحة او نحوها) من تهليلة وتحميدة وتكبيرة على قصد الخطبة (وعندهما لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة) عرفا وهو مقدار ثلاث آيات عند الكرخى وقيل مقدار التشهد وعند الائمة الثلاثة تجب فى الخطبة تحميدة وتصلية وقراءة آية وموعظة فان خلت من واحدة منها لا تتم الخطبة عندهم (وسنتها) اى الخطبة (ان يخطب قائما) قيد بقائما لانه لو خطب قاعدا يكره لمخالفته المتوارث (على طهارة) فان خطب على غير طهارة جاز ولكنه يكره (خطبتين) خفيفتين بقدر سورة من طوال المفصل وزيادة التطويل مكروهة مستقبلا للقوم بوجهه فيهما ويجهر فيهما لكن الثانية لا كالاولى ويبدأ بالتعوذ سرا (ويفصل بينهما بجلسة) مقدار قراءة ثلاث آيات فى الظاهر وتاركها مسيء على الاصح (مشتملتين) صفة خطبتين (على تلاوة آية والايصاء بالتقوى والصلاة على النبى عليه الصلوة والسلام) لانه المتوارث (فيكره ترك ذلك) لمخالفته المتوارث (واقل الجماعة ثلاثة سوى الامام) عند الطرفين لانها اقل الجمع والخطاب ورد للجمع وهو قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله فانه يقتضى ثلاثا سوى الخطيب الذاكر (وعند ابى يوسف اثنان) سوى الامام لان للمثنى حكم الجماعة حتى ان الامام يتقدم عليهما كما يتقدم على الثلاثة ولان فى الجماعة معنى الاجتماع (وقيل محمد معه) اى مع ابى يوسف لكن الصحيح انه مع الامام وقال الشافعى لا بد من اربعين رجلا حرا مقيما سوى الامام (فلو نفروا) اى تفرق الجماعة (قبل سجوده) اى الامام ولو نفروا بعد سجوده اتمها خلافا لزفر فعنده اذا نفروا قبل القعدة بطلت لان الجماعة شرط فلا بد من دوامها كالوقت (يستأنف الظهر) عند الامام لان الانعقاد بالشروع فى الصلاة ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة اذ ما دونها ليس بصلاة ولا معتبر ببقاء النسوان والصبيان ولا بما دون الثلث من الرجال لان الجمعة لا تنعقد بهم وفى النوادر لو خطب الامام يوم الجمعة فنفر الناس وجاء آخرون فصلى بهم الجمعة اجزأهم لانه خطب والقوم حضور وصلى والقوم حضور فيتحقق الشرط (وعندهما لا يستأنفها) اى صلاة الظهر لان الجماعة شرط الانعقاد وقد انعقد فلا يشترط دوامها كالخطبة (الا ان نفروا قبل شروعه) فحينئذ يستأنف الظهر اتفاقا (وتبطل) الجمعة (بخروج وقت الظهر) فيقضى الظهر ولا تقضى الجمعة (وشرط وجوبها) اى الجمعة (ستة الاقامة بمصر) فلا تجب على المسافر وان عزم ان يمكث فيه يوم الجمعة بخلاف القروى العازم فيه فانه كاهل المصر (والذكورة) فلا تجب على المرأة التى هى عن الخروج سيما الى مجمع الرجال (والصحة) فلا تجب على المريض ومثله الشيخ الكبير الضعيف (والحرية) فلا تجب على العبد لانه مشغول بخدمة المولى واختلفوا فى العبد المأذون والمكاتب ومعتق البعض والعبد الذى حضر باب الجامع لحفظ دابته قيل تجب عليهم وقيل لا (وسلامة العينين والرجلين) ظاهر العبارة يقتضى ان احديهما لو لم تسلم فانه لا تجب عليه صلاة الجمعة وليس كذلك لانه ليس باعمى ولا مقعد الا ان يقال ان الالف واللام اذا دخلت على المثنى ابطلت معنى التثنية كالجمع فصار بمنزلة المفرد وانما اقتصر على ما ذكر لان المراد بيان شرائطه المخصوصة ومن رام ذكر مطلقها فعليه ان يذكر العقل والبلوغ والاسلام ايضا وكذا لا يخاطب بها المحبوس والخائف من السلطان او اللصوص وكذا من حال بينه وبينها مطر شديد او ثلج او وحل او نحوها (فلا تجب على الاعمى) تفريع على قوله وسلامة العينين (وان) وصلية (وجد قائدا)

عند الامام لانه عاجز بنفسه فلا يعتبر قادرا بغيره (خلافا لهما) لان الاعمى بواسطة القائد قادر على السعي وكذا عند الائمة الثلاثة (وكذا الخلاف في الحج) لكن قال ابو الليث في العيون روى الحسن عن الامام ان على الاعمى الجمعة والحج اذا كان له قائد وله مال يبلغ به الحج ومن يحج معه وفي الخانية الاعمى اذا وجد قائدا يلزمه الجمعة كالصحيح الضال اذا وجد دالا (ومن هو خارج المصر) منفصلا عنه (ان كان يسمع النداء) من المنادي باعلى صوت (تجب عليه) الجمعة (عند محمد وبه يفتى) فيه مخالفة لانه صرح صاحب الفتح وغيره بان هذا رواية عن ابي يوسف الا ان يحمل على اختلاف الروايتين وعن ابي يوسف انها تجب في ثلاث فراسخ وقال بعضهم قدر ميل وقيل قدر ميلين وقيل ستة وفي الولوالجي ان المختار للفتوى قدر الفرسخ لانه اسهل على العامة وهو ثلاثة اميال وقيل ان امكنه ان يحضر الجمعة ويبيت باهله من غير تكلف تجب عليه الجمعة والا فلا قال في البدائع وهو احسن وفي البحر وكان اولى لانه الاحوط (ومن لا جمعة عليه ان اداها اجزأته عن فرض الوقت) لان السقوط للتخفيف فصار كالمسافر اذا صام لكن في هذا القول نوع خلل لانه يدخل تحته الصبي والمجنون والحكم فيهما ليس كذلك كما لا يخفى والاولى ان يقيد بالمكلف فلا يلزم المحذور تدبر (وللمسافر والمريض والعبد ان يؤم فيها) اي الجمعة لان عذر الحرج لما زال بحضورهم وقت جمعتهم فرضا فيصح الاقتداء بهم لكونهم اهلا للامامة خلافا لزفر (وتنعقد الجمعة (بهم) اي بحضورهم فحسب خلافا للشافعي (ومن لا عذر له لو صلى الظهر قبلها) يعني اذا صلى غير المعذور الظهر في منزله قبل اداء الناس الجمعة (جاز) الظهر لانه ادى فرض الوقت فوقع موقعه وقال زفر لا يجوز لان الفرض عليه هي الجمعة والظهر خلف عنها ولا يعتبر الخلف مع قدرة الاصل (مع الكراهة) وفي الفتح لابد من كون المراد حرم عليه ذلك وصحة الظهر لانه ترك الفرض القطعي باتفاقهم الذي هو آكد من الظهر فكيف لا يكون مرتكبا محرما غير ان الظهر تقع صحيحة انتهى لكن فيه ان يقال الحرام انما هو تفويت الجمعة لا صلاة الظهر قبلها فانه ليس منه التفويت لكن لما كان سببا للتفويت باعتبار اعتقاده عليها كره ولم يقل احد ان ترك الجمعة بغير عذر مكروه حتى يلزم ما ذكر (ثم) اي بعد اداء الظهر (اذا سعى اليها) اي الجمعة (والامام فيها) اي في الصلاة (تبطل) صلاة (الظهر) بمجرد سعيه اليها عند الامام سواء ادركها او لا لان السعي من فرائض الجمعة وخصائصها للامر والاشتغال بفرائض الجمعة المختصة بها يبطل الظهر كالتحريمة والمعتبر في السعي الانفصال عن داره فلا تبطل قبله على المختار قال في الحقائق والمعذور كالعبد والمسافر والمريض والمقعد سواء كما في الاصلاح (وقالا لا تبطل ما لم يدرك الجمعة ويشرع فيها) لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقه فتنقضه فصار كالمتوجه بعد فراغ الامام وانما قيد بقوله ويشرع فيها لان الادراك بدون الشروع لم يبطل عندهما ولهذا لو قال ما لم يشرع لكان اخصر (وكره للمعذور والمسجون اداء الظهر بجماعة في المصر في يومها) اي يوم الجمعة سواء قبل فراغ الامام او بعده لما فيه من الاخلال بالجمعة لانها جامعة للجماعات قيد بالمصر لان الجماعة غير مكروهة في حق اهل السواد وتخصيصهما بالذكر ليس للاحتراز بل ليعلم منه الحكم في غيرهما بالطريق الاولى كما في الاصلاح (ومن ادركها) اي الجمعة (في التشهد او سجود السهو يتم جمعة) عند الشيخين (وقال محمد يتم ظهرا ان لم يدرك اكثر الثانية) بان ادركه بعد ما رفع رأسه من الركوع في الركعة الثانية لانه جمعة من وجه لانه نوى الجمعة لادراكه جزأ منها وظهر من وجه لانعدام شرط الجمعة في حقه فباعتبار الجمعة تفترض القعدة على رأس الثانية والقراءة في الشفع الثاني لانه تطوع وباعتبار الظهر لا تفترض فوجبت القعدة والقراءة في الكل احتياطا ولهما قوله عليه الصلاة والسلام من ادرك ركعة من الجمعة فقد ادركها ومن ادركهم قعودا

صلى اربعا ولهما قوله عليه الصلوة والسلام من ادرك الامام فى التشهد يوم الجمعة فقد ادرك الجمعة والمراد من القعدة فيما رواه قعود بعد الصلاة لانه لم يقل قعودا فى الصلاة والجمعة والظهر مختلفان فلا يبنى احدهما على تحريمة الآخر (واذا خرج الامام) اى صعد على المنبر لاجل الخطبة (فلا صلاة) فمن كان فى صلاة فان كانت سنة الجمعة فالصحيح انه يتم ولا يقطع لانها بمنزلة صلاة واحدة كما فى الواو الجى (ولا كلام حتى يفرغ من خطبته) عند الامام (وقالا يباح الكلام بعد خروجه ما لم يشرع فى الخطبة) لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلاة لانها تمتد فتفضى الى الاخلال وهذا يدل على اباحة الكلام اذا نزل حتى يكبر كما فى الهداية وفى الفتح انه لا يصلى على النبى عليه الصلوة والسلام عند ذكره فى الخطبة عند الامام وعن ابى يوسف ينبغى ان يصلى فى نفسه لان ذلك مما لا يشغله عن سماع الخطبة وكان احرازا بفضيلتين وهو الصواب (ويجب السعى وترك البيع بالاذان الاول) الواقع عقيب الزوال لقوله تعالى واذا نودى للصلوة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع وقيل بالاذان الثانى لكن الاول هو الاصح وهو مختار شمس الائمة لانه لو انتظر الاذان عند المنبر يفوته اداء السنة وسماع الخطبة وربما يفوت الجمعة اذا كان بيته بعيدا من الجامع (فاذا جلس على المنبر اذن بين يديه ثانيا) وبذلك جرى التوارث (واستقبلوه مستمعين ومنصتين) سواء كانوا قريبين او بعيدين فى الاصح فلا يشمتون عاطسا ولا يردون سلاما ولا يقرأون قرآنا وعن ابى يوسف يردون السلام ويشمتون فى انفسهم كما فى المحيط وفى الظهيرية ما دام الخطيب فى حمد الله تعالى والثناء عليه والمواعظ فعليهم الاستماع فاذا اخذ فى مدح الظلمة والثناء عليهم فلا بأس بالكلام (فاذا تم) الخطيب (الخطبة اقيمت) وصلى بالناس ركعتين ولا ينبغى ان يصلى غير الخطيب لان الجمعة مع الخطبة كشئ واحد فان فعل بان خطب صبى باذن السلطان وصلى بالغ جاز ولا بأس بالسفر يومها اذا خرج من عمران البلد قبل خروج وقت الظهر لان الجمعة انما تجب فى آخر الوقت وهو مسافر فيه ويخطب بسيف فى بلدة فتحت بالسيف والا لا

﴿ باب صلاة العيدين ﴾

ومتعلقهما وسمى يوم العيد بالعيد لان لله فيه عوائد الاحسان الى عباده او لانه يعود ويتكرر او لانه يعود بالفرح والسرور وهو من الاسماء الغالبة على يوم الفطر والاضحى جمعه اعياد والقياس ان يقال اعواد لانه من العود لكن جمع بالياء ليكون فرقا بينه وبين العود اى الخشب وكانت صلاة عيد الفطر فى السنة الاولى من الهجرة ووجه المناسبة لصلاة الجمعة ووجه تقديمها غير خفى (تجب صلوة العيد) وهو رواية عن الامام وهو الاصح لقوله تعالى ولتكبروا الله على ما هديكم قيل المراد بها صلاة العيد وكذا المراد لقوله تعالى فصل لربك وانحر ولمواظبته عليه الصلوة والسلام من غير ترك وذا دليل الوجوب كذا فى اكثر الكتب لكن الاستدلال بالمواظبة كلام لان مطلق المواظبة لا يفيد الوجوب ذكرناه فى بحث الاستنجاء وقيل سنة مؤكدة وصححه فى المجتبى ولا خلاف فى الحقيقة لان السنة المؤكدة بمنزلة الواجب ولهذا كان الاصح انه يأثم بترك المؤكدة كالواجب كما فى البحر وقال ابو يوسف انها فرض كفاية (وشرائطها كشرائط الجمعة وجوبا واداء) تمييز اى كشرائط وجوب الجمعة ووجوب ادائها من نحو الاقامة والمصر فلا يصلى اهل القرى والبوادى (سوى الخطبة) فانها تجب فى الجمعة لا فى العيد فالجمعة بدون الخطبة لا تجوز بخلاف صلاة العيد ولكن اساء بتركها لمخالفته السنة وتقدم الخطبة فى الجمعة وتؤخر فى العيد ولو قدمت فى العيد جاز مع الكراهة ولا تعاد بعد الصلاة وتقدم صلاة العيد على صلاة الجنازة اذا اجتمعتا لكن تقدم على خطبة العيد (وندب) اى استحب (فى الفطر ان يأكل شيئا قبل صلوته) ويستحب ان يأكل حلوا وفى حديث انس يأكل تمرات وترا فلو لم يأكل قبلها لا يأثم لكن بالترك فى اليوم يعاقب (ويستاك ويغتسل) وهما سنتان على الصحيح ذكرهما فى اول الكتاب الا ان يقال سماهما مستحبا لاشتمال السنة على المستحب (ويتطيب) لانه يوم اجتماع فلا يقع التأذى

بالرايحة الكريهة (ويلبس احسن ثيابه) جديدا كان او مغسولا لما روى الطبراني في الاوسط كان النبي عليه الصلوة والسلام يلبس يوم العيد حلة حمراء وفي الفتح ان الحلة الحمراء عبارة عن ثوبين من اليمن فيهما خطوط حمر وخضر لا انه احمر بحت (ويؤدي فطرته) التي وجبت عليه قبل خروج الناس الى الصلاة لان لصدقة الفطر احوالا احدها قبل دخول يوم الفطر وهو جائز وثانيها يومه قبل الخروج وهو مستحب لقوله عليه الصلاة والسلام من اداها قبل الصلاة فهي زكوة مقبولة ومن اداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات وثالثها يومه بعد الصلاة وهو جائز لما رويناه ورابعها بعد يوم الفطر وهو صحيح ويأثم بالتأخير الا انه يرتفع بالاداء كمن اخر الحج بعد القدرة (ويتوجه الى المصلى) والمستحب الخروج ماشيا الا بعذر والرجوع من طريق آخر على الوقار مع غض البصر عما لا ينبغي والتهنئة بتقبل الله منا ومنكم لا تنكر كما في البحر وكذا المصافحة بل هي سنة عقيب الصلوة كلها وعند الملاقاة كما قال بعض الفضلاء وتجوز صلاة العيد في مصر في موضعين وعند محمد في ثلثة مواضع كما في الفتح لكن قد كان جواز الجمعة في المصر الكبير في مواضع كثيرة لدفع الحرج لان في اتحاد الموضع حرجا بينا لاستدعائه تطويل المسافة على الاكثر كما بين آنفا وهذه العلة تجري في العيد على انه صرح في بعض المعتبرات بجوازه اتفاقا وبهذا عمل الناس اليوم (ولا يجهر بالتكبير في طريقه) عند الامام (خلافا لهما) اي يجهر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الذكر الاخفاء قال الله تعالى واذكر ربك في نفسك تضرعا وخيفة ودون الجهر وقد ورد الجهر به في الاضحى لكونه يوم تكبير فيقتصر عليه وفي التبيين قال ابو جعفر لا ينبغي ان يمنع العامة عن ذلك لقلة رغبتهم في الخيرات وفي الخلاصة ما يفيد ان الخلاف في اصل التكبير وليس بشيء اذ لا يمنع من ذكر الله بسائر الالفاظ في شيء من الاوقات كما في الفتح بل التكبير سرا في طريقه مستحب عند الامام (ولا يتنفل قبلها) في المصلى وغيره وهو المختار وفي التبيين وعامة المشايخ على كراهة التنفل قبلها مطلقا وبعدها في المصلى لما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام لا يصلي قبل العيد شيئا فاذا رجع الى منزله صلى ركعتين لكن هذا لا يقتضي الكراهة بل انه ليس بمسنون كما في الجوهرة واعلم ان صلاة العيد قائمة مقام الضحى فاذا فاتت بعذر يستحب ان يصلي ركعتين او اربعا وهو افضل ويقرأ فيها سورة الاعلى والشمس والليل والضحى كما في المحيط وفي رواية سورة الاخلاص ثلاث مرات اعطي له ثواب بعدد كل ما نبت في هذه السنة كما في المسعودية (ووقتها من ارتفاع الشمس قدر رمح او رمحين الى زوالها) اي الى ما قبل زوال الشمس والغاية غير داخلة في المغيا بقرينة ما مر ان الصلوة الواجبة لم تجز عند قيامها روي ان قوما شهدوا برؤية الهلال بعد الزوال فامر عليه الصلاة والسلام بالخروج الى المصلى من الغد ولو جاز الاداء بعد الزوال لما اخره (وصفتها ان يصلي ركعتين يكبر تكبيرة الاحرام) فيرفع يديه كما في حالة القراءة وانما خصها بالذكر مع انه معلوم انه لا بد منها لان مراعاة لفظ التكبير في العيد واجب حتى لو قال الله اجل او اعظم ساهيا وجب عليه سجود السهو كما في الجوهرة (ثم يثني) اي يقرأ سبحانك اللهم الى آخره ويتعوذ عند ابي يوسف وعند محمد يتعوذ بعد التكبيرات قبل القراءة (ثم يكبر ثلثا) من تكبيرات الزوائد وهو المختار وليس بين التكبيرات ذكر مسنون ولا مستحب لكن يستحب المكث بين كل تكبيرتين مقدار ثلاث تسبيحات وفي المبسوط ليس هذا القدر بلازم بل يختلف ذلك بكثرة الزحام وقلته (ثم يقرأ الفاتحة وسورة) اية سورة شاء لكن المستحب ان يقرأ الاعلى في الاولى والغاشية في الثانية (ثم يركع ويسجد ويبدأ في الركعة الثانية بالقراءة) يعني الفاتحة وسورة اولا (ثم يكبر ثلثا) اخرى (ثم اخرى للركوع) وعند الشافعي يكبر سبعا في الاولى غير تكبير الاحرام وخمسا في الثانية قبل القراءة ويذكر الله بينهن وهو مذهب ابن عباس رضي الله تعالى عنهما وقولنا مذهب ابن مسعود رضي الله تعالى عنه (ويرفع يديه في الزوائد)

ثم يرسلهما وعن ابى يوسف لا يرفع يديه فيها وهو ضعيف لانه مخالف الحديث ولو قيده بالا اذا كبر راكعا لكان اولى لانه لا يرفع يديه ولو ترك تكبيرات الزوائد سهوا فذكرها فى الركوع قضاها فيه ولم يسجد للسهو (ويخطب بعدها) اى بعد صلاة العيد (خطبتين) ويبدأ بالتكبيرات فى خطبة العيدين وفى البحر ويستحب ان يستفتح خطبته الاولى بتسع تكبيرات تترى والثانية بسبع قال عبدالله هو من السنة ويكبر قبل نزوله من المنبر اربع عشرة كما فى المجتبى (يعلم الناس فيهما احكام الفطرة) لانها شرعت لاجلها (ولا تقضى) صلاة العيد (ان فاتت مع الامام) كلمة مع متعلقة بالضمير المستتر فى فاتت لا بفاتت والمعنى ان الامام لو صلاها مع جماعة وفاتت عنه الصلاة بالجماعة لا يقضيها من فاتته وعند الائمة الثلاثة تقضى (وان منع عذر) بان غم الهلال وشهدوا برؤيته بعد الزوال كذا فى اكثر الكتب لكن التقييد بالهلال ليس بشرط لانه لو حصل عذر مانع كالمطر الشديد وشبهه فانه يصليها من الغد لانه تأخير للعذر كما فى الجوهرة (عنها) اى صلاة العيد (فى اليوم الاول صلوها فى) اليوم (الثانى) من ارتفاع الشمس الى زوالها وفيه اشارة الى انها لا تؤخر الى الغد بغير عذر حتى لو تركت سقطت (ولا تصلى بعده) ولو بعذر لان الاصل فيها ان لا تقضى لكن ورد الحديث بتأخيرها الى الغد للعذر فيبقى ماعداه على الاصل (والاضحى كالفطر) فى الكل الا فى بعض احكامه نبه عليه بقوله (لكن يستحب) قيل يسن مطلقا وقيل يسن لمن يضحى دون غيره ليأكل من اضحيته اولا (تأخير الاكل فيها الى ان يصلى) لما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام كان لا يطعم فى يوم الاضحى حتى يرجع فيأكل من اضحيته وفيه اشارة الى ان هذا الامساك ليس بصوم ولذا لم يشترط النية هذا فى حق المصرى اما القروى فانه يذوق من حين اصبح ولا يمسك (ولا يكره) الاكل (قبلها) اى الصلاة (فى المختار) احتراز عن قول من قال الاكل قبل الصلاة مكروه (ويجهر بالتكبير فى طريق المصلى) وفى اكثر الكتب والجهر سنة فيه اتفاقا وفيه اشارة الى انه يقطع التكبير عند انتهائه الى المصلى لان اطلاقه يدل على عدم الاستحباب فى البيت وفى المصلى وهو رواية وفى رواية حتى يشرع الامام فى الصلاة كما فى الكافى (ويعلم فى الخطبة تكبير التشريق والاضحية) لانها شرعت لتعليم احكام الوقت هكذا ذكروا مع ان تكبير التشريق يحتاج الى تعليمه قبل يوم عرفة للاتيان به فيه فينبغى ان يعلم فى خطبة الجمعة التى يليها العيد ولم اره منقولا والعلم امانة فى اعناق العلماء كما فى البحر (ويجوز تأخيرها) اى صلاة الاضحى (الى الثانى والثالث بعذر وبغير عذر) ولا يصلى بعد ذلك لانها موقتة بوقت الاضحية وهو ثلثة ايام لكنه يسيء بالتأخير من غير عذر لما فيه تأخير الواجب بلا ضرورة عند القائل بالوجوب فالعذر فى الاضحى لنفى الكراهة وفى الفطر للجواز (والاجتماع يوم عرفة) فى بعض المواضع (تشبها بالواقفين) بعرفات (ليس بشيء) قال فى الفتح مثل هذا اللفظ انه مطلوب الاجتناب وقال فى النهاية اى ليس بشيء يتعلق به الثواب وهو يصدق على الاباحة ثم قال وعن ابى يوسف ومحمد فى غير رواية الاصول انه لا يكره لما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فعل ذلك بالبصرة وهذه المقابلة تفيدان مقابله من رواية الاصول الكراهة وهو الذى يفيده التعليل بان الوقوف عهد قربة فى مكان مخصوص فلا يكون قربة فى غيره انتهى لكن هذا التعليل لا يستلزم الكراهة بل ان لا يكون قربة فلا يتم التقريب فينبغى ان يعلل بما فى الكافى من قوله بعد ماذكر ولا يجوز الاختراع فى الدين وما نقل عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما محمول على الوعظ والتذكير لا على التشبيه (ويجب تكبير التشريق) وقيل يسن والاول اصح للامر فى قوله تعالى واذكروا الله فى ايام معدودات على القول بان المراد ايام التشريق لكن لما وقع الخلاف فى المراد بالايام المعدودات لم يكن قطعى الدلالة وان كان قطعى الثبوت وهو يفيد الوجوب لا الافتراض وفى الفتح والاضافة بيانية اى التكبير الذى هو التشريق فان التكبير لا يسمى تشريقا

الا اذا كان بتلك الالفاظ فى شئ من الايام المخصوصة فهو حينئذ متفرع على قول الكل وفصل كل التفصيل فليراجع (من فجر) يوم (عرفة) لاتفاق كبار الصحابة رضى الله تعالى عنهم وبه اخذ علماؤنا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف من ظهر النحر وهو قول ابن عمر وزيد بن ثابت وهو مذهب مالك والشافعى فى القول الاشهر (الى عصر يوم العيد) عند الامام وهو قول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فيكون التكبير عقيب ثمان صلوات (على المقيم بالمصر) فلا يجب على المسافر والقروى (عقيب) كل (فرض) بلا فصل يمنع البناء فلا يكبر بعد الواجبة والمسنونة والمندوبة وقال بعضهم يكبر بعدها والبلخيون يكبرون بعد العيد لانه كالجمعة كما فى القهستانى لكن اطلاق المصنف يقتضى عدمه (ادى) بصيغة المجهول صفة فرض وفيه اشارة الى انه لا يكبر فى القضاء مطلقا وليس كذلك لانه يكبر فور فائتة هذه الايام اذا قضاها فيها وان قضى فائتتها فيها من العام القابل الصحيح انه لا يكبر وقال ابو يوسف يكبر وان قضاها فى غيرها لا يكبر كما لو قضى فائتة غيرها فيها وعن ابى يوسف انه يكبر كما فى المحيط ولو قيد باو قضى فيها فى تلك السنة لكان اولى (بجماعة) فلا يكبر المنفرد (مستحبة) اى غير مكروهة فلا تكبر النساء المصليات وحدهن بجماعة وكذا جماعة العراة كما فى البحر (وبالاقتداء) بمن يجب عليه التكبير (تجب على المرأة) بلا رفع الصوت لان صوتها عورة (والمسافر) بطريق التبعية واما المسافرون اذا صلوا بجماعة فى مصر ففيهم روايتان (وعندهما الى عصر آخر ايام التشريق) فيكون التكبير عقيب ثلثة وعشرين صلاة وهو قول على كرم الله وجهه واحدى الروايتين عن الامام وبه اخذ الشافعى (على من يصلى الفرض) على اى وجه كان سواء ادى بجماعة اولا وسواء كان المصلى رجلا او امرأة او مسافرا او مقيما او اهل قرية لانه تبع للمكتوبة (وعليه) اى على ماقاله صاحباه (العمل) اى عمل الناس احتياطا فى العبادات وعليه الفتوى كما فى المجتبى وغيره (وصفته) اى صفة التكبير (ان يقول مرة) حتى لو زاد لقد خالف السنة وعند الشافعى يقول الله اكبر فقط ثلثا او خمسا او سبعا او تسعا متصلا ولا يذكر فيه التهليل والتحميد (الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد) وهو المأثور عن الخليل صلوات الله عليه وعلى نبينا (ولا يتركه المؤتم وان تركه امامه) وفى الهداية قال ابو يوسف صليت بهم المغرب اى يوم عرفة فسهوت ان اكبر وكبر ابو حنيفة رحمه الله تعالى دل قول ابى يوسف على ان الامام وان ترك التكبير لا يدعه المقتدى وهذا لانه لا يؤدى فى حرمة الصلاة فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب وينبغى للمأموم ان ينتظر الامام الى ان يأتى بشئ يقطع التكبير كالخروج من المسجد والحدث العمد والكلام وفى المحيط ولو تكلم عامدا او ساهيا او احدث عامدا لا يكبر وان احدث غير عامد يكبر وان لم يتطهر لانه يؤدى فى غير حرمة الصلاة فلا تشترط الطهارة لاتيانه لكن الصحيح ان يتوضأ ويكبر كما فى اكثر الكتب وفى التنوير ويجب على المسبوق فيكبر عقيب القضاء ويبدأ الامام بسجود السهو ثم بالتكبير ثم بالتلبية او محرما

﴿باب صلاة الخوف﴾

(ان اشتد الخوف) وفى اكثر الكتب ليس الاشتداد شرطا عند عامة مشايخنا قال فى التحفة سبب جواز صلاة الخوف نفس قرب العدو من غير ذكر الخوف والاشتداد لكن يمكن الجواب بان يقال ان الخوف مقرر عند حضرة العدو والاشتداد عبارة عن المقابلة تدبر (من عدو) سواء كان مسلما باغيا او كافرا طاغيا والعدو يقع على الواحد والجمع (او سبع) وما اشبهه ودخل وقت الصلاة وخاف خروجه (جعل الامام) اى الخليفة او السلطان او نائبه الناس طائفتين (طائفة بازاء العدو) بحيث لا يلحقهم اذاهم وضررهم (وصلى بطائفة) اخرى (ركعة ان كان) الامام (مسافرا وفى) صلاة (الفجر) او الجمعة او العيدين (و) صلى (ركعتين) فى الرباعى (ان كان مقيما وفى) صلاة (المغرب) فان حكمها كحكم الرباعى (ومضت) اى ذهبت (هذه) الطائفة التى صلت مع الامام بعد السجدة الثانية

فى الثنائى و بعد التشهد فى غيره (الى) جانب (العدو وجاءت تلك الطائفة) الواقفة بازاء العدو (وصلى) اى الامام (بهم ما بقى) وهى ركعة فى الثنائى والمغرب وركعتان فى غيرهما (وسلم) اى الامام (وحده) بعد التشهد ولم يسلموا (وذهبوا الى) وجه (العدو) ولواتموا فى مكانهم ثم انصرفوا جاز لكن الافضل ماذكره كما فى المحيط (وجاءت الطائفة الاولى واتموا) مابقى من صلاتهم (بلاقراءة) لانهم لاحقون ولذا لوحاذتهم امرأة فسدت صلاتهم فيتشهدون ويسلمون ويمضون الى وجه العدو (ثم) جاءت (الطائفة الاخرى واتموا) صلاتهم (بقراءة) لانهم مسبوقون والمسبوق فى حكم المنفرد فيتشهدون ويسلمون لماروى ان النبى عليه الصلوة والسلام صلى صلاة الخوف هكذا ولايخفى ان هذا اذاكان الكل مسافرين او مقيمين او الامام مقيما واما اذا كان الامام مسافرا او القوم او بعضهم مقيمين ففى الثنائى يصلى الامام ركعة بكل امة فاذا سلم الامام جاءت اولىهم فصلى المسافر ركعة بلاقراءة والمقيم ثلث ركعات بغيرها فى ظاهر الرواية وفى رواية الحسن يقرأ فى الاخر بين الفاتحة واما الامة الثانية فتصلى بقراءة المسافر ركعة والمقيم ثلاثا لانهم مسبوقون كما فى القهستانى واعلم ان صلاة الخوف على الصفة المذكورة انما تلزم اذا تنازع القوم فى الصلاة خلف الامام اما اذا لم يتنازعوا فالافضل ان يصلى باحدى الطائفتين تمام الصلاة ويصلى بالاخرى امام آخر وهنالك كيفيات اخرى معلومة فى الخلافيات وذكر فى المجتبى ان الكل جائز وانما الخلاف فى الاولى كما فى البحر (ويبطلها) اى صلاة الخوف (المشى) هاربا عن العدو لاالمشى نحوه والرجوع (والركوب والمقاتلة) لانه عمل كثير وانما جوز المشى نحوه للضرورة كما فى اكثر الكتب وفى الاصلاح ويفسدها الركوب مطلقا قال فى البدايع ومنها يعنى من شرائط الجواز ان ينصرف ماشيا ولايركب عند انصرافه الى وجه العدو ولو ركب فسدت صلاته عندنا لان الركوب عمل كثير وهو مما لايحتاج اليه بخلاف المشى فانه امر لابد منه حتى يصطفوا بازاء العدو ولايجوز المشى والقتال مصليا قال فى الذخيرة ولايصلون وهم يمشون كما لايصلون وهم يقاتلون ومن المقولاين اتضح ان من لم يفرق بينهما و بين الركوب لم يصب انتهى (وان اشتد الخوف) بحيث لم يتيسر لهم النزول عن الدواب (وعجزوا عن الصلاة بهذه الصفة) التى مر ذكرها (صلوا وحدانا) فلاتجوز الجماعة الا اذا كان المقتدى على دابة الامام وهذا ظاهر الرواية وعن محمد ان الجماعة جائزة كما فى شرح الطحاوى لكن فى الهداية ليس بصحيح لانعدام الاتحاد فى المكان (ركبانا) جمع راكب هذا فى غير المصر اذا التنفل فى المصر راكبا غير صحيح فالفرض اولى (يومون) اى بايماء الركوع والسجود (الى اى جهة قدروا ان عجزوا عن التوجه) الى القبلة لانه يسقط للضرورة (فلا تجوز) صلاة الخوف (بلا حضور عدو) لعدم الضرورة حتى لو رأوا سوادا فظنوه عدوا فصلوا للخوف ثم بان خلافه تجب الاعادة بالاجماع الا فى قول الشافعى (وابو يوسف لايجيزها) اى صلاة الخوف (بعد النبى عليه الصلاة والسلام) لانها مخالفة للاصول ولقوله تعالى اذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلاة الاية وجوابه الصحابة رضى الله عنهم صلوها بطبرستان وهم متوافرون من غير نكير من احد فكان اجماعا كما فى الاختيار

﴿ باب صلاة الجنايز ﴾ جمع جنازة بالفتح الميت وهو المراد هنا وبالكسر النعش الذى يوضع عليه الميت للغسل او الحمل وقيل بالعكس وقيل هما لغتان وعن الاصمعى لايقال بالفتح لما فرغ من بيان حال الحياة شرع فى بيان حال الممات واخر الصلاة فى الكعبة لكون ختم كتاب الصلاة بما يتبرك به حالا ومكانا (يوجه المحتضر) بفتح الضاد من حضره الموت وظهر عليه اماراته واما ما قيل من حضرته ملائكة الموت فليس بسديد كما لايخفى وعلامة الاحتضار ان يسترخى قدماه ويتعوج انفه وتخسف صدغاه وتمتد جلدة الخصية (الى القبلة) مضطجعا (على شقه الايمن) لانه السنة المنقولة هذا اذا لم يشق عليه والاترك على حاله وجعل رجلاه الى القبلة والمرجوم

لايوجد ويستحب لاقربائه وجيرانه ان يدخلوا عليه ويتلوا سورة يس واستحسن بعض المتأخرين قراءة سورة الرعد ويضعوا عنده الطيب (واختير الاستلقاء) قال في التبيين والمختار في زماننا ان يلقى على قفاه وقدماه الى القبلة قالوا هو ايسر لخروج الروح ويرفع رأسه قليلا ليصير وجهه الى القبلة دون السماء لكن لم يذكر وجه ذلك ولايمكن معرفته الانقلا مع ان الاول هو السنة فتفكر (ويلقن الشهادة) فيجب على اخوانه واصدقائه ان يقولوا عنده كلمتي الشهادة ولايقولوا له قل كيلا يأبى عنهما قال النبي عليه الصلوة والسلام من كان آخر كلامه لا اله الا الله دخل الجنة اللهم يسرها انا ولاخواننا اجمعين فاذا قالها مرة كفاه ولايكثر عليه مالم يتكلم بعد ذلك كما في المجتبى واختلفوا في تلقينه بعد الموت عند الوضع في القبر فقيل يلقن لانه يعاد روحه وعقله ويفهم مايلقن وبه قال الشافعي وصفته ان يقول يافلان بن فلان اذكر دينك الذي كنت عليه وقل رضيت بالله ربا وبالاسلام دينا وبمحمد عليه الصلوة والسلام نبيا وقيل لايؤمر به ولاينهى وقال اكثر الائمة والمشايخ لايجوز لكن قال محمد الكرماني مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فالاحسن تلقينه (فاذا مات شدوا لحييه) وهو منبت اللحية (وغمضوا) بالتشديد (عينيه) للتوارث ويقول مغمضه بسم الله وعلى ملة رسول الله اللهم يسر عليه امره وسهل عليه مابعده واسعده بلقائك واجعل ماخرج اليه خيرا مما خرج عنه ثم يمد اعضاءه ويوضع سيف على بطنه لئلا ينتفخ ويقرأ عنده القرآن الى ان يرفع الى الغسل كما في القهستاني نقلا عن التحفة لكن في التحفة وقع الى ان يرفع فقط وفسروه الى ان يرفع الروح لان قراءة القرآن مكروه عنده حتى يغسل والعجب ان القهستاني قيده بقوله الى الغسل وخالف اكثر المعتبرات تدبر (ويستحب تعجيل دفنه) لقوله عليه الصلوة والسلام عجلوا موتاكم فان كان خيرا قدمتموه اليه وان شرا فبعدا لاهل النار ولابأس باعلام الناس لان فيه تكثير المصلين عليه والمستغفرين له (واذا ارادوا غسله) وهو فرض كفاية على الاحياء (وضع على سرير) لينصب الماء عنه (مجمرا وترا) بان يدار المجمر حول السرير مرة اوثلاثا اوخمسا ولايزاد عليها لمافيه من تعظيم الميت والوتر احب الى الله تعالى من غيره (وتستر عورته) بشد الازار عليها لان النظر اليها حرام كعورة الحي ويكتفي بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا لكن يغسلها بخرقة في يده كذا في اكثر الكتب لكن وقع في التبيين والغاية خلافه لانهما قالا ويستر مابين سرته الى ركبتيه وهو الصحيح وقال الشافعي يغسل في قميصه اذا كان كم القميص واسعا بحيث يدخل الغاسل يده فان كان ضيقا يجرد ويغسل ويوضع على السرير كما تيسر وقيل يوضع طولا وقيل عرضا والاول اصح فلايغسل الكافر في الاصح (ويجرد عن) ثيابه ليمكن التنظيف قالوا يجرد كمامات لان الثياب تحمى فيسرع اليه التغير (ويوضأ بلامضمضة واستنشاق) لان الوضوء سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء متعذر فيتركان خلافا للشافعي وفي اقتصاره النفي عليهما اشارة الى ان وجوب غسل اليدين والمسح على الرأس باق وهو الصحيح كما في المجتبى وغيره وفي رواية لا واطلقه فيشمل البالغ والصبي الا ان الصبي الذي لايعقل الصلاة لايوضأ (ويغسل بماء مغلي بسدر) وهو شجر بالبادية والمراد ورقه (اوحرض) بضم الحاء وسكون الراء وهو الاشنان (ان وجد) مبالغة في التنظيف (والا) اى وان لم يوجد الماء المغلي بهما (فالقراح) بفتح القاف اى الماء الذي لايشوبه شئ والسخين ابلغ في التنظيف وعند الشافعي الغسل بالماء البارد افضل (وغسل رأسه ولحيته بالخطمي) بكسر الخاء المعجمة ويجوز فتحها وهو نبت مشهور لانه ابلغ في استخراج الوسخ والمراد خطمي العراق وهو مثل الصابون في التنظيف ان وجد والا فصابون ونحوه هذا اذا كان في رأسه شعر اعتبارا بحالة الحيوة (واضجع على يساره) للبداية باليمين (فيغسل حتى يصل الماء الى مايلي التخت منه) اى من يساره (ثم اضجع (على يمينه كذلك) اى ويغسل

حتى يصل الماء الى ما يلى التخت منه (ثم يجلس) حال كونه (مستندا ويمسح بطنه برفق) ليسيل
ما بقى فى المخرج حتى لا يتلوث الكفن (فان خرج منه شئ غسله) اى ذلك الموضع تنظيفا له (ولا يعيد
غسله) بضم الغين وفتحها (ولا) يعيد (وضوءه) قال صاحب العناية لان الخارج ان كان حدثا
فالموت ايضا حدث وهو لا يوجب الوضوء فكذا هذا الحدث واعترض عليه المولى سعدى افندى
بانه لو لم يوجب لم يوضأ غايته انه يكون مثل المعذور لا يوضأ مرة اخرى لهذا الحدث القائم واما عدم
التوضئ لحدث آخر فلا يدل ماذكره عليه فان المعذور اذا احدث بحدث آخر يجب عليه الوضوء
انتهى لكن التمثيل بالمعذور لا يجوز لانه ثبت على خلاف القياس وانتقاض وضوئه عند خروج
الوقت ولا وقت له بل امر تعبدى تأمل وعند الشافعى يعيد الوضوء (وينشفه بثوب) نظيف حتى
يجف كيلا تبتل اكفانه (ويجعل الحنوط) بفتح الحاء وهو عطر مركب من اشياء طيبة ولا بأس
بسائر انواع الطيب غير زعفران وورس اعتبارا بالحيوة (على رأسه ولحيته) لان التطيب سنة
(والكافور على مساجده) اى مواضع سجوده من جبهته وانفه وركبتيه وقدميه (ولا يسرح
شعره ولحيته) التسريح عبارة عن تخليص بعضه عن بعض وقيل تخليله بالمشط واما ماقيل
ولحيته تكرار فان قوله وشعره يغنى عنه ليس بسديد لان الشعر فى العرف لا يطلق على اللحية
فالانسب ذكرها (ولا يقص ظفره وشعره) لانها للزينة وقد استغنى عنها وعند الشيخين اذا كان
الظفر منكسرا فلا بأس باخذه وفى العتابى او قطع ظفره او شعره ادرج معه فى الكفن وقال الشافعى
يسرح بمشط واسع ويقص ظفره وشعره (ولا يختن) لان الختان سنة فى حق الاحياء دون الاموات
(ثم يكفنه) تكفين الميت لفه بالكفن وهو واجب يدل عليه تقديمه على الدين والارث والوصية
وفى المحيط انه فرض كفاية وفى التحفة انه سنة فالمراد ماثبت بها فان كفنه من ماله والا فعلى من
عليه نفقته والا فعلى بيت المال (وسنة كفن الرجل) ثلثة اثواب احدها (قميص وهو من المنكب الى
القدم) بلا جيب ولا دخريص ولا كمين (و) ثانيها (ازار و) ثالثها (لفافة) بالكسر (وهما
من القرن) اى من الرأس (الى القدم) وعند الشافعى ازار ولفافتان (واستحسن بعض المتأخرين
العمامة) بالكسر لحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما انه كان يعمم الميت ويجعل ذنب العمامة على
وجهه هذا اذا كان عالما معروفا او من الاشراف واما من الاوساط فلا يعمم كما فى المعراج وقيل اذا
لم يكن فى الورثة صغار والاصح انها تكره كما فى المجتبى (وكفايته) اى كفاية كفن الرجل بحيث
لا يمكن النقص عنه ولو كان مديونا (ازار ولفافة) قيل قميص ولفافة والاول اصح (وسنة كفن
المرأة) خمسة احدها (درع) اى قميصها (و) ثانيها (ازار و) ثالثها (خمار) وهو ماتغطى به
المرأة رأسها (و) رابعها (لفافة و) خامسها (خرقة تربط على ثديها وكفايته ازار وخمار ولفافة)
فان كانت بالمال كثرة وبالورثة قلة فكفن السنة اولى وان كان على العكس فكفن الكفاية اولى كما فى
الخانية (وعند الضرورة يكفى الواحد ولا يقتصر عليه) اى على الواحد (بلا ضرورة) فانه مكروه
بلا ضرورة ولا بأس بان يكفن الصغير فى ثوب والصغيرة فى ثوبين لكن الاحسن ان يكفن فيما
يكفن فيه البالغ والمراهق بمنزلة البالغ (ويستحب الابيض) لانه امارة اهل الايمان (ولا يكفن)
رجل (الا فيما يجوز له) اى للميت (لبسه حال حيوته) فلا يجوز الحرير ونحوه اعتبارا بحالة الحيوة
الا للضرورة ولكن لا يزاد على ثوب ويجوز للنساء الحرير والمزعفر والمعصفر اعتبارا بحالة الحيوة
كما فى الفتح (ويجمر الاكفان وترا) بان يدار المجمر ثلثا او خمسا او سبعا (قبل ان يدرج) الميت
(فيها) اى الاكفان والاجمار هو التطييب (وتبسط اللفافة اولا ثم الازار عليها ثم يقمص ويوضع
على الازار تقميصا (ثم يلف الازار من قبل يساره ثم من يمينه) ليكون الايمن على الايسر كما فى حال
الحيوة فان كان الازار طويلا حتى يعطف على رأسه وسائر جسده فهو اولى (ثم يلف اللفافة

كذلك والمرأة تلبس الدرع) اولا (ويجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوقه) اى فوق الدرع
وقال الشافعي يجعل ثلاث ضفاير ويلقى خلف ظهرها (ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة) ثم
يعطف الازار ثم اللفافة كما فى الرجل ثم الخرقة فوق الاكفان لئلا ينتشر الاكفان وعرضها مابين
الثدى الى السرة (ويعقد الكفن ان خيف ان ينتشر) صيانة عن الكشف وفى شرح المنية والامة
كالحرة الغسيل والجديد فى الكفن سواء ﴿فصل فى الصلاة على الميت﴾ (الصلاة عليه
فرض كفاية) بالاجماع حيث يسقط عن الآخرين باداء البعض والا يأثم الكل وقد صرح البعض
بكفر من انكر فرضيتها لانه انكر الاجماع وقيل سنة (وشرطها) اى شرط جواز الصلاة عليه
(اسلام الميت) فلا تصح على الكافر لقوله تعالى ولا تصل على احد منهم مات ابدا (وطهارته)
فلا يصح على من لا يغسل لان له حكم الامام حتى لو صلوا على ميت قبل ان يغسل تعاد الصلاة بعد
الغسل (واولى الناس بالتقدم فيها) اى صلاة الجنازة (السلطان) ان حضر لان فى التقديم عليه
استخفافا به وعن ابى يوسف ان الولى اولى وبه اخذ الشافعي (ثم القاضى) لان له ولاية عامة
(ثم امام الحى) اى الجماعة لانه اختاره حال حياته وفى الجوامع امام المسجد الجامع اولى من امام الحى
وفى الاصلاح تقديم السلطان واجب اذا حضر وتقديم الباقى بطريق الافضلية ذكره فى التحفة
وفى الفتح الخليفة اولى ان حضر ثم امام المصر وهو سلطانه ثم القاضى ثم صاحب الشرط ثم خليفة
الوالى ثم خليفة القاضى ثم امام الحى انتهى وفى ظاهر كلامه يفهم ان صاحب الشرط غير امير
البلد لكن فى المعراج الشرط بالسكون والحركة خيار الجند والمراد امير البلد كامير بخارى فافهم
وانما يستحب تقدم امام مسجد حيه على الولى اذا كان افضل من الولى كما فى العتابى وغيره (ثم الولى
الاقرب فالاقرب) على ترتيبهم فى العصبات فى ولاية الانكاح (الا الاب فانه يقدم على الابن) اذا
اجتمعا عند الكل على الاصح وان كان الابن يقدم على الاب فى ولاية الانكاح عند الشيخين لان
للاب فضيلة على الابن والفضيلة تعتبر ترجيحا فى الاستحقاق كما فى سائر الصلوات ولو مات العبد
فالمولى اولى بها على الاصح والجيران اولى من غيرهم كما فى المجتبى (وللولى ان يأذن لغيره) لانه حقه
فيملك ابطاله الا اذا كان هناك من يساويه فله المنع (فان صلى غير من ذكر) من السلطان
والقاضى وغيرهما (بلا اذن) اى لم يأذن له الولى الاحق ولم يتابعه (اعاد الولى) اى الاحق بالصلاة
فالسلطان اذا صلى بلا اذن الخليفة يعيد الخليفة كما فى النهاية (ان شاء) تصرف الغير فى حقه لكن
اذا عاد ليس لمن صلى عليها ان يصلى مع الولى مرة اخرى (ولا يصلى) اى لا يجوز ان يصلى (غير
الولى) الاحق (بعد صلاته) اى الولى الاحق لان الفرض تأدى بالاولى والتنفل بها غير مشروع
خلافا للشافعي واعلم ان الافضل ان تكون الصفوف ثلثة لقوله عليه الصلاة والسلام من اصطف
عليه ثلثة صفوف من المسلمين غفر له وافضلها فى الجنازة الصف الآخر (وان دفن) بعد غسله
(بلا صلاة صلى على قبره) لانه عليه الصلاة والسلام صلى على قبر امرأة من الانصار (ما لم يظن
تفسخه) اى تفرق اجزائه والمعتبر فى ذلك اكبر الرأى على الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان
وانما قيدنا بعد غسله لان الصلاة بدون الغسل ليست بمشروعة ولا يؤمر بالغسل لتضمنه امرا
حراما وهو نبش القبر فسقطت الصلاة كذا فى الغاية لكن اطلاق المصنف يشمل ما اذا كان
مدفونا بعد الغسل او قبله وعن محمد انه اخرج من القبر فغسل ان لم يغسل ثم صلى عليه هذا ما
لم يهيلوا التراب عليه لانه ليس بنبش (ويقوم) الامام (بحذاء الصدر للرجل والمرأة) لانه محل العلم
وموضع النور والايمان وهذا ظاهر الرواية وعن الامام يقوم بحذاء وسطهما وعن ابى يوسف
بحذاء وسط المرأة ورأس الرجل لانه معدن العقل لكن الاول هو المختار (ويكبر تكبيرة) الافتتاح
(يثنى عقيبها) اى يقول الامام والمؤتم والمنفرد سبحانك اللهم الخ وفى ظاهر الرواية انه يحمد الله

كما في المحيط وغيره والاول رواية الحسن عن الامام (ثم) يكبر تكبيرة (ثانية يصلي على النبي عليه الصلوة والسلام بعدها) كما يصلي في قعدة الفريضة وقدمر وهو الاولى لان الثناء والصلاة سنة الدعاء لانه ارجى للقبول (ثم) يكبر تكبيرة (ثالثة يدعو لنفسه وللميت وللمسلمين بعدها) وصفته ان يقول اللهم اغفر لحينا وميتنا وشاهدنا وغائبنا وصغيرنا وكبيرنا وذكرنا وانثانا اللهم من احييته منا فاحيه على الاسلام ومن توفيته منا فتوفه على الايمان وخص هذا الميت بالروح والراحة والرحمة والمغفرة والرضوان اللهم ان كان محسنا فزد في احسانه وان مسيئا فتجاوز عنه ولقه الامن والبشرى والكرامة والزلفى اللهم اجعل قبره روضة من رياض الجنان ولا تجعل قبره حفرة من حفر النيران رب اغفرلي ولوالدي وللمؤمنين والمؤمنات ولجميع المسلمين والمسلمات الاحياء منهم والاموات برحمتك يا ارحم الراحمين ويجوز غيره من الادعية اذ ليس فيه دعاء موقت هذا اذا كان الميت مذكرا واما اذا كان مؤنثا فيلزم تأنيث الضمائر الراجعة الى المؤنث بعد قوله وخص الخ لا ما قبله (ثم) يكبر تكبيرة (رابعة ويسلم) تسليمتين غير رافع بهما صوته ينوي فيهما ما ينوي في تسليمتي الصلاة وينوي الميت بدل الامام (عقيبها) اي ليس بعد التكبيرة الرابعة سوى السلام في ظاهر الرواية واختار بعضهم ان يقول ربنا آتنا الآية وبعضهم ان يقول ربنا لا تزغ قلوبنا الآية وبعضهم ان يقول سبحان ربك رب العزة الآية (فان كبر خمسا لا يتابع) المأموم لانه منسوخ خلافا لزفر لكن ينتظر الى تسليم الامام ويسلم معه في الاصح (ولا قراءة فيها) اي صلاة الجنازة وعند الشافعي يقرأ الفاتحة فيها (ولا تشهد ولا رفع يد الا في الاولى) ومن المشايخ من اختار الرفع في كل تكبيرة وهو مذهب الشافعي (ولا يستغفر لصبي) ولا مجنون لانه لا ذنب لهما (ويقول) بعد الثالثة وفي شرح منية المصلي يقول بعد تمام قوله ومن توفيته منا فتوفه على الايمان (اللهم اجعله لنا فرطا) بفتحتين اجرا يتقدمنا قال الاصمعي الفارط والفرط المتقدم في طلب الماء والمراد هنا المتقدم في امر الاخرة (اللهم اجعله لنا اجرا وذخرا) اي خيرا باقيا لاخرتنا (واجعله لنا شافعا مشفعا) بفتح الفاء اي مقبول الشفاعة (ومن اتى بعد تكبير الامام لا يكبر حتى يكبر الامام) اخرى فيكبر معه صورته اتى رجل والامام في صلاة الجنازة لا يكبر بين تكبيرتي الامام بل ينتظر حتى يكبر الامام (الاخرى ويكبر معه) عند الطرفين فاذا سلم الامام قضى المقتدي ما عليه من التكبير بغير دعاء قبل رفع الجنازة (وقال ابو يوسف يكبر) حين حضر (ولا ينتظر لكن كان حاضرا حال التحريمة) ولهما ان كل تكبيرة في صلاة الجنازة كركعة في غيرها والمسبوق بركعة لا يبتدئ بها وانما لا ينتظر الحاضر لانه بمنزلة المدرك وثمرة الخلاف فيمن جاء بعد التكبيرة الرابعة قبل السلام فعندهما لا يدخل مع الامام وقد فاتته الصلاة وعنده يدخل كما في الشمني (ولا يجوز راكبا) او قاعدا الا بعذر (استحسانا) لانها صلاة من وجه او وجود التحريمة فلا يترك من غير عذر احتياطا والقياس الجواز لانها دعاء (وتكره في مسجد جماعة ان كان الميت فيه) اي المسجد خلافا للشافعي (وان كان) الميت (خارجه) اي المسجد وقام الامام خارج المسجد ومعه صف والباقي في المسجد كذا في اكثر الكتب لكن في الاصلاح ولو كانت الجنازة والامام وبعض القوم خارج المسجد وباقي القوم في المسجد كما هو المعهود في جوامعنا لا يكره باتفاق اصحابنا وانما الاختلاف لو كانت الجنازة وحدها خارج المسجد والامام والقوم في المسجد وكلام المصنف رحمه الله يدل على هذا تدبر (اختلف المشايخ) فقيل لا يكره وهو رواية النوادر عن ابي يوسف رحمه الله لانه ليس فيه احتمال تلويث المسجد وقيل يكره لان المسجد اعد لاداء المكتوبات فلا يقام فيه غيرها الا لعذر (فلا يصلى على عضو) اي عضو كان هذا اذا وجد الاقل ولو مع الرأس خلافا للشافعي اذا وجد الاكثر او النصف مع الرأس فيغسل ويصلى عليه بالاتفاق (ولا على غائب) خلافا للشافعي وفي شرح المجمع محل الخلاف الغائب عن البلد

اذا وكان فى البلد لم يجز ان يصلى عليه حتى يحضر عنده اتفاقا لعدم المشقة فى الحضور (ومن استهل) على البناء للفاعل وهو ان يوجد من الصبى مايدل على حياته من رفع صوت او حركة عضو (بعد الولادة غسل وسمى وصلى عليه) لان الاستهلال دليل الحيوة ولهذا يرث ويورث والمعتبر فى ذلك خروج الاكثر قبل الموت (والا غسل فى المختار) وعن محمد انه لا يغسل ولا يسمى وهو ظاهر الرواية لكن المختار هو الاول لانه نفس من وجه وفى الدرر غسل فى ظاهر الرواية لكن رواية ظاهر الرواية غير ظاهر فتدبر (وادرج فى خرقة) كرامة لبنى آدم ودفن (ولا يصلى عليه) الحاقا له بالجزء ولهذا لا يرث (ولو سبى صبى مع احد ابويه) فمات (لا يصلى عليه) لانه تبع لهما لحديث كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه او ينصرانه او يمجسانه حتى يكون لسانه يعرب عنه اما شاكرا واما كفورا (الا ان اسلم احدهما) اى احد الابوين فيصلى على الصبى حينئذ لانه يصير مسلما حكما تبعا لقوله عليه الصلاة والسلام الولد يتبع خير الابوين دينا (او اسلم هو عاقلا) اى مميزا لان اسلام المميز صحيح (او لم يسب احدهما معه) اى بل سبى الصبى فقط فانه يكون تبعا للسابى او للدار فيصلى عليه والمراد من التبعية التبعية فى احكام الدنيا لا فى العقبى فلا يحكم بان اطفالهم فى النار البتة بل فيهم خلاف قيل يكونون خدم اهل الجنة وقيل ان كانوا قالوا بلى يوم اخذ العهد عن اعتقاد ففى الجنة والا ففى النار وعن محمد انه قال فيهم انى اعلم ان الله تعالى لا يعذب احدا بغير ذنب وتوقف الامام فيهم كما فى الفتح (ولو مات لمسلم قريب كافر) فاذا مات (غسله) اى ذلك المسلم (غسل النجاسة ولفه فى خرقة والقاه فى حفرة) عند الاحتياج من غير مراعاة السنة (او دفعه الى اهل دينه) ان وجد (وسن فى حمل الجنازة اربعة) من الرجال فيكره ان يكون الحامل اقل من ذلك وان يحمل على الدابة والظهر لعدم الاكرام واللام للعهد اى جنازة الكبير فلو كان صغيرا جاز حمل الواحد (وان يبدأ) الحامل (فيضع مقدمها) اى مقدم الجنازة (على يمينه ثم) يضع (مؤخرها) على يمينه (ثم) يضع (مقدمها على يساره ثم مؤخرها) على يساره فيتم الحمل من الجوانب الاربع وينبغى ان يحملها من كل جانب عشر خطوات لقوله عليه الصلاة والسلام من حمل جنازة اربعين خطوة كفرت عنه اربعين كبيرة (ويسرعوا به) اى الميت (دون الخبب) بفتحتين وهو اول عدو الفرس وحد التعجيل المسنون ان لا يضطرب الميت على الجنازة (والمشى خلفها) اى الجنازة (افضل) من المشى قدامها الا انه لا بأس ان يتقدمها لغلبة الزحام وقال الشافعى المشى امامها افضل وقال ابو يوسف رأيت ابا حنيفة يتقدم الجنازة وهو راكب ثم يقف حتى يؤتى بها وهذا دليل على انه لا بأس بالركوب لكن كره عند ابى يوسف ان يتقدمها منقطعا عن القوم وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه افضل المشى خلف الجنازة على امامها كفضل المكتوبة على النافلة وفى القهستانى والاكتفاء مشعر بانه لا بأس لمشيع الجنازة بالجهر بالقرآن والذكر وقيل انه مكروه كراهة التحريم وكذا لا بأس بمرثية الميت شعرا او غيره (واذا وصلوا الى قبره كره الجلوس قبل وضعه) اى الميت (عن الاعناق) وفى القهستانى ان القيام يستحب حتى يدفن وفى الخلاصة ولو كان القوم فى المصلى فجيء بالجنازة فالصحيح انهم لا يقومون قبل ان توضع (ويحفر القبر) هو مقر الميت طوله على قدر طول الميت وعرضه على قدر نصف طوله وعمقه الى السرة وقيل الى الصدر وان زاد عليه فهو افضل فلو كان على قدر قامته فهو احسن (ويلحد) القبر من اللحد واللحد اى حفر فى جانب القبلة من القبر حفيرة ويوضع فيها الميت ويجعل كالبيت المسقف لقوله عليه الصلاة والسلام اللحد لنا والشق لغيرنا والشق ان يحفر حفيرة فى وسط القبر فيوضع فيها الميت وفى التبيين وان كانت الارض رخوة فلا بأس بالشق واتخاذ التابوت ولو من حديد ولكن السنة ان يفرش فيه التراب (ويدخل الميت فيه)

اى القبر من جهة القبلة (ويقول واضعه بسم الله) اى وضعناك متلبسين باسم الله (وعلى ملة رسول الله) اى سلمناك على ملته عليه الصلوة والسلام كما فى الدرر (ويسجى) اى يستر (قبر المرأة) بثوب حتى يسوى اللبن لان مبنى حالهن على الاستتار (لا) قبر (الرجل) وقال الشافعى يسجى قبر الرجل ايضا (ويوجه الى القبلة) اذ به امر النبى عليه الصلوة والسلام (ويحل العقدة) التى كانت على الكفن لخوف الانتشار (او يسوى عليه اللبن) بالفتح والكسر بالفارسى خشت (او القصب) غير المعمول فان المعمول مكروه عند بعضهم (ويكره الاجر والخشب) اى كره ستر اللحد بهما وبالحجارة والجص لكن لو كانت الارض رخوة جاز استعمال ما ذكر (ويهال) اى يرسل (التراب) عليه للتوارث (ويسنم) اى يرفع (القبر) استحبابا غير مسطح قدر شبر فى ظاهر الرواية وفيه اباحة الزيادة (ولا يربع) خلافا للشافعى (ويكره بناؤه) اى القبر (بالجص والآجر والخشب) لقوله عليه الصلوة والسلام صفق الرياح وقطر الامطار على قبر المؤمن كفارة لذنوبه لكن المختار ان التطيين غير مكروه وكان عصام بن يوسف يطوف حول المدينة ويعمر القبور الخربة كما فى القهستانى وفى الخزانة لا بأس بان يوضع حجارة على رأس القبر ويكتب عليه شئ وفى النتف كره ان يكتب عليه اسم صاحبه (ولا يدفن اثنان فى قبر) واحد (الا ضرورة) ويجعل بينهما تراب (ولا يخرج من القبر الا ان تكون الارض مغصوبة) واراد صاحب الارض اخراجه كما اذا سقط فيها متاع الغير او كفن بثوب مغصوب فانه يجوز نبشه وفى الدرر مات فى السفينة يغسل ويكفن ويصلى عليه ويرمى به فى البحر ماتت حامل وولدها حى يشق بطنها من جنبها الايسر ويخرج ولدها ويستحب فى القتيل والميت دفنه فى المكان الذى مات فى مقابر اولئك المسلمين وان نقل قبل الدفن الى قدر ميل او ميلين فلا بأس به وكذا لو مات فى غير بلده يستحب تركه فان نقل الى مصر آخر فلا بأس به (ويكره وطئ القبر والجلوس والنوم عليه والصلاة عنده) لانه نهى عليه الصلاة والسلام عن ذلك وقيل لا بأس بان يطأ القبور وهو يقرأ القرآن او يسبح او يدعو لهم وقيل الدعاء قائما اولى فيقوم بحذاء وجهه وفى المنية ماتت نصرانية وفى بطنها ولد مسلم قيل تدفن فى مقابر المسلمين لحرمة ولدها وقيل فى مقابرهم

﴿ باب الشهيد ﴾

انما خص الشهيد بباب على حدة مع ان المقتول ميت باجله لاختصاصه بالفضيلة وكان اخراجه من باب الميت كاخراج جبرائيل من الملائكة فالشهيد فعيل وهو يأتى بمعنى فاعل فيكون المراد انه شاهد اى حى حاضر عند ربه او بمعنى مفعول فيكون المراد ان الملائكة يشهدون موته فكان مشهودا او لانه شهد له بالجنة ولما اطلق الشهيد بطريق الاتساع على الغريق والحريق والمبطون وطالب العلم والمطعون والغريب وذات الطلق وذى ذات الجنب وغيرهم مما كان لهم ثواب المقتولين كما اشير اليه فى المبسوط وغيره بين الشهيد الحقيقى شرعا وهو الشهيد فى احكام الدنيا فقال (هو من قتله اهل الحرب او) اهل (البغى او قطاع الطريق) ولو بغير آلة جارحة فان مقتولهم شهيد باى آلة قتلوه لان الاصل فيه شهداء احد كما هو معلوم ولم يكن كلهم قتيل السيف والسلاح بل فيهم من دمغ رأسه بالحجر ومنهم من قتل بالعصاء وقد عمهم النبى عليه الصلاة والسلام فى الامر بترك الغسل (او وجد) ميتا (فى المعركة) اى فى معركة هؤلاء (وبه اثر جراحة) ظاهرة او باطنة كخروج الدم من موضع غير معتاد كالعين والاذن ليعلم انه غير ميت حتف انفه (او قتله مسلم) جنس فلا يحترز به عن شئ وقيل احتراز عن الكافر فيغسل كما فى القهستانى (ظلما) احتراز عن القتل حدا او قصاصا (ولم يجب بقتله دية) احتراز عن قتل وجب به مال كالقتل خطاء او قتله مسلم او ذمى بغير محدد فان الواجب فيه الدية عند الامام (فيكفن) الشهيد (ويصلى عليه) وقال الشافعى لا يصلى عليه لان السيف محاء الذنوب فاغنى عن الشفاعة قلنا الصلاة عليه لاظهار كرامته والشهيد اولى (ولا يغسل

ويدفن بدمه وثيابه) لانه في معنى شهداء احد وقال النبي عليه الصلاة والسلام زملوهم بكلومهم
ودمائهم ولا تغسلوهم (الا ما ليس من جنس الكفن) فينزع عنه (كالفرو والحشو) والقلنسوة
(والخف والسلاح) لانه عليه الصلوة والسلام امر بنزع ذلك وقال الشافعي ولا ينزع عنه شئ
(ويزاد) على ما عليه من الثياب ان نقص عن كفن السنة حتى يتم (وينقص) ان زاد حتى
ينتهي الى كفن السنة (مراعاة لكفن السنة) في الوجهين (وان كان) القتيل (صبيا او مجنونا
او جنبا او حائضا او نفساء يغسل) عند الامام (خلافا لهما) لان سقوط الغسل عن الشهيد
لابقاء اثر مظلوميته في القتل اكراما له والمظلومية في حق الصبي والمجنون اشد فكانا اولى بهذه الكرامة
واما في الجنب فلان غسل الجنابة سقط بالموت وما يجب بالموت منعدم في حقه لان الشهادة مطهرة
وكذا الحائض والنفساء ولهما ان حنظلة بن عامر قتل جنبا فغسلته الملائكة فكان تعليما والحائض
والنفساء مثله اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية واما الصبي فلان الاصل في موتى
بني آدم الغسل الا انا تركناه بشهادة تكفير الذنب ليبقى اثرها به وهذا المعنى معدوم في الصبي فيبقى على
الاصل وكذا المجنون وفي المحيط ان الغسل ساقط عن البالغ لانه يخاصم من قتله ويبقى عليه اثره
ليكون شاهدا له بخلاف الصبي فانه لا يخاصم بنفسه بل الله تعالى يخاصم عنه من قتله فلا حاجة الى
ابقاء الاثر (ويغسل ان قتل في المصر) احتراز عن المفازة التي ليس بقربها عمران وان لم يعلم قاتله
فانه لا يغسل (ولم يعلم انه قتل عمدا ظلما) فان علم لم يغسل وانما علم انه قتل عمدا ظلما لكن لم يعلم قاتله
يغسل لما ان الواجب هناك الدية والقسامة وهذا لم يخالف ما في الهداية من قتل بحديدة ظلما لم يغسل
فان قوله ظلما معناه وقد علم قاتله اذ لو لم يعلم جاز ان يكون متعديا فلا يكون القتل ظلما وفي البحر او نزل
اللصوص عليه ليلا في المصر فقتل بسلاح او غيره فهو شهيد كما لو قتله قطاع الطريق فليحفظ
هذا فان الناس عنه غافلون (وكذا ان ارتث) على البناء للمفعول والارتثاث في اللغة من الرث
وهو الشئ البالي وسمي به مرتثا لانه قد صار خلقا في حكم الشهادة وقيل مأخوذ من الترثيث وهو
الجرح وفي بعض كتب اللغة ارتث فلان اي حمل من المعركة رثيثا اي جريحا وحاصله في الشرع
ان يثبت له حكم من احكام الحيوة او يرتفق بشئ من مرافقها فبطلت شهادته في حكم الدنيا فيغسل
وهو شهيد في حكم الآخرة فينال الثواب الموعود للشهداء وفي المنح ان المرتث في الشرع من خرج
عن صفة القتلى وصار الى حالة الدنيا بان جرى عليه شئ من احكامها او وصل اليه شئ من منافعها
وهو انضبط مما تقدم (بان اكل او شرب او عولج) بدواء وفي اطلاق الاكل والشرب والتداوي
اشارة الى ان يشمل القليل والكثير او تكلم بكلام كثير (او باع او اشترى او عاش اكثر يوم) او ليلة
(عند ابي يوسف) بشرط ان يعقل (خلافا لمحمد) فانه شرط الكمال اذ لا نص وعن قليل
الحيوة بعد الجرح فقدر نهار كامل او ليل كامل ولابي يوسف ان للاكثر حكم الكل فيعتبر حيوته عاقلا
في الاكثر في حق الانتفاع بها (او مضى عليه وقت صلاة) كاملة (وهو يعقل) اذ الصلاة وجبت
عليه والوجوب من احكام الدنيا فارتفق بالحياة وكان مرتثا وهذه المسئلة تأتي على صورة الاتفاق
لكن قال صاحب الهداية وهذا مروي عن ابي يوسف ثم (او اوى) اي بيت عليه (خيمة)
لانه نال بعض مرافق الحيوة (او نقل من المعركة حيا) ليمرض في خيمته او في بيته واما اذا جر
برجله من بين الصفين لئلا تطأه الخيول فهو ليس بمرتث لانه ما نال شيئا من الراحة واما نظر الانفاق
وغيره في هذا المحل فهو ليس بسديد تتبع (او اوصى) بشئ (مطلقا) اي دنيويا او اخرويا
(عند ابي يوسف) لانه ارتفاق (وقال محمد ان اوصى بامر اخروي لا يغسل) لانه عمل من اشرف
على الموت فله حكم الموت ولا يرتفق بالحيوة قيل قول ابي يوسف في الايصاء بالامر الدنيوي وقول
محمد في الايصاء بالاخروي فلا خلاف وقيل اختلفا في الاخروي لا الدنيوي اي يغسل في الدنيوي

وفاقا وقيل اختلفا فى الدنيوى لا الاخروى اى لايغسل فى الاخروى وفاقا كما فى التسهيل وفى الخانية الوصية بكلمتين لاتبطل الشهادة وفى التبيين هذا كله اذا وجد بعد انقضاء الحرب واما قبل انقضائها فلا يكون مرتثا بشئ مما ذكر لكن اذا مضى عليه يوم وليلة حال القتال وهو يعقل يكون مرتثا كما فى شرح المنظومة (ومن قتل بحد اوقصاص غسل وصلى عليه) لاسلامه (ومن قتل لبغى اوقطع طريق غسل) للفرق بينه و بين الشهيد (ولايصلى عليه) فى ظاهر الرواية لانه ساع بالفساد وعن الامام لايصلى عليه وقت الحرب و يصلى بعده لان قتل قاطع الطريق حينئذ للحد اوالقصاص وقتل الباغى للسياسة وكسر الشوكة (وقيل لايغسل ايضا) اهانة له لان عليا رضى الله تعالى عنه لم يغسل الخوارج ولم يصل عليهم (و يصلى على قاتل نفسه) عند الطرفين لان بغيه على نفسه (خلافا لابى يوسف) زجرا له كالباغى هذا اذا كان عمدا ولو كان خطاء يغسل و يصلى عليه بلا خلاف

﴿ باب الصلاة فى) داخل (الكعبة ﴾

اى البيت الحرام شرفها الله تعالى سمى بها اما لارتفاعها اولتربيعها اولكونها بناء منفردا اولان طولها كعب الثلاثة وهو سبعة وعشرون ولعل ذلك من الاعلام الغالبة ولذلك يعرف باللام كما فى القهستانى (صح فيها الفرض والنفل) لان النبى عليه السلام صلى فى جوف الكعبة يوم الفتح خلافا للشافعى فيهما ولمالك فى الفرض كما فى الاصلاح وغيره لكن الصحيح من مذهب الشافعى جوازهما غير انه قال بعدم الجواز فيما اذا كان توجه المصلى الى الباب وهو مفتوح وليست العتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرحل كما فى اكثر المعتبرات (ومن جعل ظهره فيها الى ظهر امامه جاز) لانه متوجه الى القبلة وليس بمتقدم على امامه ولايعتقد امامه على الخطاء بخلاف مسئلة التحرى وكذا لوجعل وجهه الى يمين الامام اوالى يساره لان هذا ليس بتقدم (ولو) جعل ظهره (الى وجهه) اى الامام (لايجوز) لتقدمه (وكره ان يجعل وجهه الى وجهه) لما فيه من استقبال الصورة و ينبغى ان يجعل بينه و بين الامام سترة بان يعلق نطعا اوثوبا وانما جاز مع الكراهة لوجود شرائطها وانتفاء المانع وهو التقدم على الامام (ولو تحلقوا حولها) اى الكعبة من المسجد الحرام (وهو) اى الامام (فيها) اى فى داخل الكعبة (جاز) ان كان الباب مفتوحا لانه كقيامه فى المحراب فى سائر المساجد كما فى اكثر الكتب لكن فيه كلام على ما بين فى مكروهات الصلاة تدبر (وان كان) الامام (خارجها) اى الكعبة من المسجد الحرام (جازت صلاة من هو فيه اقرب اليها) اى الكعبة (منه) اى الامام (ان لم يكن) الاقرب (فى جانبه) اى الامام لانه خلف الامام حكما فلا يضر القرب اليها ولان التقدم والتأخر من الاسماء الاضافية فيكون من شرط اتحاد الجهة فاذا لم تتحد لم يقع التقدم والتأخر وتجوز الصلاة لوجود المجوز كما فى شرح المستصفى كما اذا كان الامام فى الجانب الشمالى والمقتدى الاقرب الى الكعبة فى الجانب الغربى (وتجوز الصلاة فوقها) لان القبلة هى الكعبة وهى العرصة والهواء الى عنان السماء وقال الشافعى لاتجوز الا ان تكون بين يديه سترة بناء على ان المعتبر فى جواز التوجه اليها للصلاة البناء عنده لكن يرد عليه ان البناء قد رفع فى عهد ابن الزبير والحجاج وكان تجوز الصلاة للناس (وتكره) لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهى عن الصلاة فى سبع مواطن المجزرة والمزبلة والمقبرة والحمام وقوارع الطريق ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله الحرام

﴿ كتاب الزكوة ﴾

قال شمس الائمة السرخسى الزكوة ثلثة الايمان قال الله تعالى فان تابوا واقاموا الصلاة وآتوا الزكوة * فهذا علم وجه التقديم على الصوم والتأخير عن الصلاه وهى فى اللغة الطهارة قال الله تعالى قد افلح من تزكى والنماء يقال زكى الزرع اذا نمى كما فى اكثر الكتب لكن فى الاستشهاد كلام لانه ثبت الزكاء بالهمزة بمعنى النماء يقال زكى زكاء فيجوز كون الفعل المذكور منه لا من الزكوة بل كونه منها يتوقف على ثبوت عين لفظ الزكوة فى معنى النماء كما فى الفتح وهى فريضة محكمة لايسع تركها و يكفر جاحدها ثبتت فرضيتها بالكتاب والسنة

واجماع الامة وقال محمد لاتقبل شهادة من لم يؤد زكوته وهذا يدل على الفور كما قال الكرخي وعليه الفتوى وذكر ابو شجاع عن اصحابنا انها على التراخي وهو مروى عن ابي يوسف ومعنى يجب على الفور انه يجب تعجيل الفعل في اول اوقات الامكان ومعنى يجب على التراخي انه يجوز تأخيره عن اول اوقات الامكان لانه يجب تأخيره عنه بحيث لو اتى به فيه لايعتد به لانه ليس هذا مذهبا لاحد كما في الشمني وفي الشرع (هي) اى الزكوة (تمليك جزء من المال) اى من حيث انه جزء فخرج الكفارة (معين) صفة جزء (شرعا من فقير) متعلق بالتمليك (مسلم غير هاشمي) اشرفهم (ولا مولاه) فلا يجوز تمليكه من الغني والكافر والهاشمي ومولاه عند العلم بحالهم كما سيأتي قال بعض المتأخرين وفي الكنز هي تمليك المال من فقير مسلم غير هاشمي آه هذا التعريف يتناول مطلق الصدقة ولا تخصص له بالزكوة بخلاف ما اختيرههنا فان قوله عينه الشارع يفيد التخصيص اذلا تعيين في الصدقة انتهى لكن فيه كلام لان صاحب الكنز قيده بقوله غير هاشمي فتخرج به الصدقة فلا وجه لقوله ولا تخصص له بالزكوة اونقول المراد من المال المال الذى اوجبه الشرع وعينه فيكون اللام للعهد على ماهو المفهوم تدبر (مع قطع النفعة عن المملك) بكسر اللام وهو الدافع (من كل وجه) احترز به عن الدفع الى فروعه وان سفلوا واصوله وان علوا ومكاتبه ودفع احد الزوجين الى الاخر كما سيأتي (لله تعالى) متعلق بالتمليك لان الزكوة عبادة فلابد فيها من الاخلاص قال صاحب الفرائد وهذا القيد لابد منه في جميع العبادات غير مختص بها فكان المناسب ان يذكره في جميعها اللهم الا ان يقال ذكره ههنا لغلبة الاعراض فيها لكنه بعيد انتهى وفيه كلام لان ترك هذا القيد في سائر العبادات وقع اعتمادا لعدم التجانس وكونه لله تعالى معلوم فلا حاجة للقيد بخلاف الزكوة فانها تجانسها من غيرها كالهبة فلابد منه تأمل (وشرط وجوبها) وانما وصفها بالوجوب دون الفرضية لان بعض شرائطها ثبت بطريق الاحاد وان كان اصلها ثابتا بدليل قطعي ومن غفل عن هذا قال والمراد بالواجب الفرض لانه لاشبهة فيه كما في الاصلاح (العقل والبلوغ) اذلا تكليف بدونهما (والاسلام) لانه شرط لصحة العبادات (والحرية) ليتحقق التمليك لان الرقيق لايملك ليملك وظاهره ان الحرية والاسلام كما هو شرط الوجوب فهو شرط البقاء ايضا حتى لو ارتد عياذا بالله تعالى سقطت الزكوة الواجبة كما في القهستاني (وملك نصاب) عده شرطا موافقة للكنز وان عد في الكتب الاصولية سببا النصاب في اللغة الاصل وفي الشريعة مالا تجب فيما دونه زكوة من المال وفيه اشكال فانه لم يصدق على مافوق مأتى درهم مثلا والمتبادر ان يكون النصاب مالا حلالا فان كان حراما وكان له خصم حاضر فواجب الرد والا فواجب التصدق الى الفقير ولايحل له منه شئ فلا زكوة في المغصوب والمملوك شراء فاسدا كما في القهستاني ثم النصاب انما تجب فيه الزكوة اذا تحقق فيه اوصاف اربعة اشار الى الاول بقوله (حولى) وهو ان يتم الحول عليه وهو في ملكه لقوله عليه الصلاة والسلام لازكوة في مال حتى يحول عليه الحول سمى حولا لان الاحوال تحول فيه والى الثاني بقوله (فارغا) صفة نصاب (عن الدين) والمراد دين له مطالب من جهة العباد سواء كان الدين لهم اولله تعالى وسواء كانت المطالبة بالفعل او بعد زمان فيتناول الدين المؤجل ولو صداق زوجته المؤجل الى الطلاق او الموت وقيل لايمنع لانه غير مطالب به عادة بخلاف المعجل وقيل ان كان الزوج على عزم الاداء منع والا فلا لانه لايعد دينا واما الدين الذى لامطالب له من جهة العباد كالنذر وصدقة الفطر ونحوهما فلا يمنع لانه لايطالب بها في الدنيا فصار كالمعدوم في احكامها ودين الزكاة يمنع في السائمة وكذا في غيرها عند الطرفين سواء كان ذلك في العين بان كان قائما او في الذمة بان كان مستهلكا وعند ابي يوسف في العين يمنع لا في غيره وعند زفر لايمنع اصلا والى الثالث بقوله (و) فارغ عن (حاجته الاصلية) اى عما يدفع عنه الهلاك تحقيقا

او تقديركطعامه وطعام اهله وكسوتهما والمسكن والخادم والمركب وآلة المحترف لاهلها وكتب العلم لاهلها وغير ذلك مما لابد منه في معاشه فان هذه الاشياء ليست بنامية فلا تجب فيهما شئ والى الرابع بقوله (تام) صفة ثانية لقوله نصاب (ولو تقديرا) النماء اما تحقيقي يكون بالتوالد والتناسل والتجارات او تقديري يكون بالتمكن من الاستنماء بان يكون في يده او يد نائبه لان السبب هو المال النامي فلابد منه تحقيقا او تقديرا فان لم يتمكن من الاستنماء لازكوة عليه لفقد شرطه كما في المنح (ملكا تاما) بان لا يكون يدا فقط كما في مال المكاتب فانه ملك المولى حقيقة كما في الدرر ويفهم منه انه احتراز عن مال المكاتب لكن خرج بالحرية فيخرج مرتين وكذا يخرج بقوله ملكا الرق لان الرقيق لا يملك ولو ترك الحرية لكان اوجز واولى (فلا تجب) تفريع على الشروط المذكورة (على مجنون) لم يفق يوما اى جزأ من الحول حتى اذا افاق يوما من اوله الى آخره تجب عليه الزكوة وهذا في الجنون العارض بعد البلوغ اما من بلغ مجنونا فعند الامام يعتبر ابتداء الحول من وقت الافاقة (ولا صبي وكافر ومملوك ولا على مالك نصاب لم يحل عليه الحول) خلافا للشافعي فيهما (ولا مكاتب) لان المكاتب ليس له ملك تام (ولا مديون مطالب) ولو بالجبر او الحبس طلبا واقعا (من العباد) وهو اما الامام في الاموال الظاهرة اى السوائم او الملاك في الاموال الباطنة فان الملاك نوابه لان حق الاخذ كان للامام في الاموال الظاهرة والباطنة الى زمن عثمان ففوض الاموال الباطنة الى اربابها خوفا عليهم من السعاة السوء او الدائن في دين العبد لان المال مع الدين مشغول بالحاجة الاصلية وهي دفع الحبس عن المديون خلافا للشافعي (في قدر دينه) متعلق بقوله فلا تجب فانه اذا كان له اربعمائة درهم مثلا وعليه دين كذلك لا تجب عليه الزكوة ولو كان دينه مائتين تجب زكوة مائتين (ولا في مال ضمار) بالكسر مخفف وشرعا مال زائل اليد غير مرجو الوصول غالبا وانما لا تجب الزكوة عندهم لان كلا من الملك والنماء فيه مفقود خلافا لزفر والشافعي حيث قالا تجب فيه الزكوة للسنين الماضية اذا وصلت يده اليه لان السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل والحجة عليهما قول علي رضي الله تعالى عنه لازكوة في المال الضمار واما ابن السبيل فقادر بنائبه (وهو المفقود) اى العبد المفقود والآبق والضال وجده بعد مضي الحول (والساقط في البحر) ثم استخرجه بعد مضي الحول (والمغصوب) الذي (لا بينة عليه) اى على غصبه (ومدفون في برية نسي مكانه) ثم يذكر بعده خلافا للشافعي قال في شرح الطحاوي اودفن ماله ثم نسي مكانه وتذكر بعد مضي الحول فانه ينظر ان دفنه في حرزه كالبيت والحانوت تجب والا فلا (وما اخذ مصادرة) اى مال اخذه السلطان او غيره ظلما ووصل اليه بعده (ودين كان قد جحد) المديون سنين علانية لا سرا (ولا بينة عليه) ثم اقر بعده عند قوم وفي البحر فجميع ما ذكر من جملة المال الضمار (بخلاف دين على مقر ملي) اى غني (او معسر) لان الدين على المعسر ليس كالهالك لامكان الوصول بواسطة التحصيل (ومفلس) بتشديد اللام وفتحها من فلسه القاضي نادى في الناس بانه مفلس لان التفليس غير صحيح عند الامام فكان وجوده كعدمه لان المال غاد ورائح فلا يكون كالهالك (او جاحد عليه بينة) هذا على قول اكثر المشايخ وعن محمد لا تجب الزكوة اذ ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل وقال شمس الائمة هو الصحيح كما في الخانية والتحفة (او علم به قاض) لكن المفتى به عدم القضاء بعلم القاضي الآن (خلافا لمحمد في المفلس) لتحقق الافلاس بالتفليس عنده وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس حتى تسقط المطالبة الى وقت اليسار ومع الامام في حكم الزكوة فتجب لما مضى اذا قبض عندهما رعاية لجانب الفقراء كما في العناية وغيرها (وبخلاف ما دفن في البيت ونسي مكانه) لامكان التوصل اليه بحفره والمراد بالبيت ما يكون في حرزه كما بين آنفا ولو قال في الحرز لكان اولى (وفي المدفون في الارض) المملوكة (او الكرم اختلاف) المشايخ وجه من قال بالوجوب ان حفر جميع

الارض والكرم ممكن فلا يتعذر الوصول اليه كما فى البيت ووجه من قال بعدم الوجوب انه فى حفر جميعها تعسرا وحرجا وهو موضوع حتى لو كانت دارا عظيمة فالمدفون فيها يكون ضمارا كما فى تاج الشريعة (ويزكى) ما قبض من (الدين عند قبضه فهو بدل مال التجارة عند قبض اربعين وبدل ما ليس كذلك عند قبض نصاب وبدل ما ليس بمال عند قبض نصاب وحولان حول) وتوضيحها موقوف على تفصيل الديون وبيان مراتبها اعلم ان الدين على ثلثة انواع دين قوى ودين وسط ودين ضعيف فالدين القوى هو الذى ملكه بدلا عما هو مال الزكوة كالدراهم والدنانير واموال التجارة وكذا غلة مال التجارة من العبيد والدور ونحوها والحكم فيه عند الامام انه اذا كان نصابا وتم الحول عليه تجب الزكوة لكن لا يخاطب بالاداء ما لم يقبض اربعين درهما فاذا قبض اربعين درهما زكى درهما فان قبض اقل من ذلك لا واما الدين الوسط فهو الذى وجب بدل مال او بقى عنده حولا لم تجب فيه الزكوة مثل عبيد الخدمة وثياب البذلة وغلة مال الخدمة والحكم فيه ان عنه الامام فيه روايتان ذكر فى الاصل وقال تجب فيه الزكوة ولا يخاطب بالاداء ما لم يقبض مائتى درهم فاذا قبض المائتين يزكى لما قبض كما وقع فى الكتاب وروى ابن سماعة عنه انه لا زكوة فيه حتى يقبض ويحول عليه الحول بعد ذلك وقال فى التحفة وهو الصحيح عنده واما الدين الضعيف فهو ما وجب وملك لا بدلا عن شئ وهو دين اما بغير فعله كالميراث او بفعله كالوصية او وجب بدلا عما ليس بمال دينا كالدية على العاقلة والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد وبدل الكتابة والحكم فيه ان لا تجب فيه الزكوة حتى يقبض المائتين ويحول عليه الحول عنده (وقالا يزكى ما قبض منه مطلقا الا الدية والارش وبدل الكتابة فعند قبض نصاب وحولان حول) لان الديون عندهما على ضربين ديون مطلقة وديون ناقصة والناقص هو بدل الكتابة والدية على العاقلة وما سواهما فديون مطلقة فالحكم فيها انه تجب الزكوة فى الدين المطلق فلا يجب الاداء ما لم يقبض فاذا قبض منها شيئا قل او كثر يؤدى بقدر ما قبض وفى الدين الناقص لا تجب ما لم يقبض النصاب ويحول عليه الحول واما دين السعاية فذكر فى النوادر الاختلاف فقال عند الامام هو دين ضعيف وعندهما دين مطلق وعند الشافعى الديون كلها سواء تجب الزكوة فيها ويجب الاداء وان لم يقبض كما فى التحفة وفى المحيط الخلاف فيما اذا لم يكن له مال غير الدين فان كان فيضم ما قبضه الى ما عنده اتفاقا (وشرط) صحة (ادائهما) اى كونها مؤداة (نية) لانها عبادة مقصودة فلا تصح بدونها (مقارنة للاداء) المراد ان تكون مقارنة الاداء للفقير او الوكيل ولو مقارنة حكمية كما اذا دفع بلا نية ثم حضرته النية والمال قائم فى يد الفقير فانه يجزيه بخلاف ما اذا نوى بعد هلاكه ولا يشترط علم الفقير بانها زكوة على الاصح لما فى البحر عن القنية والمجتبى الاصح ان من اعطى مسكينا دراهم وسماها هبة او قرضا ونوى الزكوة فانها تجزيه لان العبرة لنية الدافع لا لعلم المدفوع اليه الا على قول ابى جعفر (او لعزل المقدار الواجب) فانه اذا عزل من النصاب قدر الواجب ناويا للزكوة وتصدق الى الفقير بلا نية سقطت زكوته قال المحشى يعقوب باشا يفهم من هذا ان عزل بعض المال الناقص عن قدر الواجب مثل عزل من عليه زكوة النصابين زكوة نصاب واحد لا يجزئ انتهى لكن يمكن التوجيه بان التخصيص لكونه اكثر وقوعا لا للاحتراز عن غيره (ولو تصدق) احترز به عما لو دفعه بنية واجب آخر فانه يضمن الزكوة كما فى الجوهرة (بالكل ولم ينوها سقطت) الزكوة لدخول الجزء الواجب فيه فلا حاجة الى التعيين استحسانا والقياس ان لا تسقط قيل هو قول زفر لان النفل والفرض كلاهما مشروعان فلا بد من التعيين كالصلاة (ولو) تصدق (بالبعض لا تسقط حصته عند ابى يوسف) لان البعض المؤدى غير متعين فى الباقى لكون الباقى محلا للواجب (خلافا لمحمد) لان الواجب شايع فى الكل (وتكره الحيلة لاسقاطها) اى الزكوة (عند محمد)

لان الزكوة لنفع الفقراء وفى الحيلة اضرار بهم وهو المختار عند المصنف لانه قدمه قيل وعليه الفتوى
(خلافا لابى يوسف) لانها امتناع عن الوجوب لا ابطال لحق الغير لانه ربما يخاف ان لا يمتثل الامر
فيكون عاصيا والفرار من المعصية طاعة قيل وهذا اصح (ولو اشترى عبدا) اى مما تصح
فيه نية التجارة فخرج الارض الخراجية والعشرية (للتجارة فنوى) عند القبول (استخدامه بطل
كونه للتجارة) لاتصال النية بالامساك للاستخدام لان الاستخدام ترك الفعل فيتم بمجرد النية كنية
الاقامة (وما نوى للخدمة لا يصير للتجارة بالنية ما لم يبعه) فتكون فى ثمنه زكوة ان كان من جنس
ما تجب فيه الزكوة لان التجارة فعل وعمل فلا يتم بمجرد النية كنية السفر والاسلام والافطار حيث
لا يحصل واحد منها بمجرد النية (وكذا) لا يصير للتجارة بمجرد النية (ما ورث) لان النية تجردت
عن العمل لما ان الميراث يدخل فى ملكه بغير علمه وصنعه حتى ان الجنين يرث وان لم يكن منه فعل
الا اذا كان الموروث من جنس ما تجب فيه الزكوة (وان نوى التجارة فيما ملكه بهبة او وصية
او نكاح او خلع او صلح عن قود كان لها) اى للتجارة (عند ابى يوسف خلافا لمحمد) وذلك
ان السبب لا يجب ان يكون شرى عند ابى يوسف خلافا لمحمد (وقيل الخلاف بالعكس) يعنى
ما نقل الاسبيجابى فى شرح الطحاوى عن القاضى الشهيد انه ذكر فى مختلفة هذا الاختلاف
على عكسه وهو انه فى قول الشيخين لا يكون للتجارة وفى قول محمد يكون لها كما فى العناية
(ولغا تعيين الناذر للتصدق اليوم والدرهم والفقير) يعنى اذا قال الناذر على ان اتصدق اليوم بهذا
الدرهم على هذا الفقير فتصدق غدا درهما آخر على غير هذا الفقير يجزيه عندنا خلافا لزفر

﴿باب زكوة السوائم﴾ بدأ ببيان السوائم اقتداء بكتب رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم
فانها كانت مفتتحة بها ولكونها اعز اموال العرب والسوائم جمع سائمة من سامت الماشية ان رعت سوما
واسامها صاحبها اسامة كما فى المغرب وقال الاصمعى كل ابل ترسل وترعى ولا تعلف فى الاهل والمراد
بالسائمة التى تسام للدر والنسل او لزيادة فى السن والسمن كما فى اكثر الكتب لكن فى البدايع او اسامها
للحم لا زكوة فيها فان اسامها للحمل والركوب فلا زكوة فيها وان اسامها للبيع والتجارة ففيها زكوة
التجارة لا زكوة السائمة لانهما مختلفان قدرا وسببا فلا يجعل احدهما من الآخر ولا يبنى حول احدهما
على حول الآخر (السائمة هى التى تكتفى بالرعى) الرعى بالكسر الكلاء وبالفتح مصدر كما فى اكثر
الكتب قيل الكسر ههنا انسب لكن الفتح اولى لان الاكتفاء بالكلاء اما ان يكون فى المرعى او فى البيت
فعلى الاول فسلم وعلى الثانى فلا يكون سائمة تدبر (فى اكثر الحول) فان علفها نصف الحول او اكثر
فليست بسائمة لان اربابها لا بد لهم من العلف ايام الثلج والشتاء فاعتبر الاكثر ليكون غالبا (وليس
فى اقل من خمس) بالفتح (من الابل) السائمة (زكوة) لان نصابها خمس (فاذا كانت خمسا سائمة
ففيها شاة) متوسطة الى تسع لان المأمور به ربع العشر قال عليه الصلاة والسلام هاتوا ربع
عشر اموالكم والشاة تقرب ربع عشر الابل فان الشاة تقوم بخمسة وبنت مخاض باربعين
فايجاب الشاة فى خمس كايجاب الخمس فى اربعين والاطلاق دال على ان العجفاء والمريضة سواء
فيدخل فيه العمياء كما فى الظاهر وكذا العرجاء لا مقطوع القوائم وكذا الذكور والاناث ولا ينافى
تجرد الخمس عن التاء كما ظن فان ما فوق الاثنين لم يستعمل بالتاء اصلا اذا كان تمييزه اسم جنس
كالابل كما فى القهستانى (و) تجب (فى العشر) ابلا (شاتان) الى اربع عشرة (و) تجب
(فى خمس عشرة) ابلا (ثلاث شياه) الى تسع عشرة (و) تجب (فى عشرين) ابلا (اربع شياه)
الى اربع وعشرين (وفى خمس وعشرين الى خمس وثلاثين بنت مخاض وهى التى طعنت)
اى دخلت (فى) السنة (الثانية) سميت بذلك لان امها فى الغالب تصير ذات مخاض اى حمل
باخرى والمخاض ايضا وجع الولادة والنوق الحوامل واحدتها خلفة ككلمة وفى الاساس كلها

مجازوالحقيقة اضطراب شئ مايع فى وعائه وعلى هذا اتفقت الاثار واجمع العلماء الاما قال ابو مطيع البلخى ان فى خمس وعشرين خمس شياه فاذا صارت ستاوعشرين ففيها بنت مخاض كما روى عن على كرم الله وجهه لكن هذه رواية شاذة (و) تجب (فى ست وثلثين الى خمس واربعين بنت لبون وهى التى طعنت فى الثالثة) سميت بذلك لان امها فى الغالب تكون ذات لبن من اخرى (و) تجب (فى ست واربعين الى ستين حقة) بالكسر (وهى التى طعنت فى الرابعة) سميت بذلك لانها استحقت الحمل والركوب (و) تجب (فى احدى وستين الى خمس وسبعين جذعة) بتحريك الذال (وهى التى طعنت فى الخامسة) سميت بذلك لمعنى فى اسنانها يعرفه اهل اللغة وهى اقصى سن يدخل فى باب زكوة الابل وفى تأنيث هذه الاسامى اشعار بان من صفات الواجب فى الابل الانوثة حتى لايجوز فيها سوى الاناث الا بطريق القيمة كما فى التحفة وعن ابى يوسف ان لم يوجد بنت مخاض فابن لبون كما فى شرح الطحاوى (و) تجب (فى ست وسبعين الى تسعين بنتالبون و) تجب (فى احدى وتسعين حقتان الى مائة وعشرين) وبهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم (ثم) اذا زادت على مائة وعشرين تستأنف الفريضة عندنا فتجب (فى كل خمس شاة) مع الحقتين (الى مائة وخمس واربعين ففيها) اى ففى مائة وخمس واربعين (حقتان و بنت مخاض الى مائة وخمسين ففيها) اى فى مائة وخمسين (ثلاث حقاق ثم) تستأنف الفريضة ثانيا فتجب (فى كل خمس) زاد على مائة وخمسين (شاة) مع ثلاث حقاق (الى مائة وخمس وسبعين ففيها) اى ففى مائة وخمس وسبعين (ثلاث حقاق وبنت مخاض الى مائة وست وثمانين ففيها) اى ففى مائة وست وثمانين (ثلاث حقاق وبنت لبون الى مائة وست وتسعين ففيها) اى فى مائة وست وتسعين (اربع حقاق الى مائتين) ومابين النصابين عفو (ثم يفعل فى كل خمسين) حتى تجب فى كل خمسين حقة (كما فعل فى الخمسين التى بعد المائة والخمسين) احترز بالقيد المذكور عن الاستيناف الذى بعد المائة والعشرين اذ لايكون فيه ايجاب بنت لبون ولا ايجاب اربع حقاق لعدم نصابهما فانه لما زاد خمس وعشرون على المائة والعشرين صار كل النصاب مائة وخمسة واربعين فهو نصاب بنت المخاض مع الحقتين ولما زادت عليها خمس وصارت مائة وخمسين وجبت ثلاث حقاق لان فى كل خمسين حقة ولاتستأنف الفريضة بل يجعل بعد ذلك كل عشرة عفوا فتجب فى كل اربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة على وجه التخيير (والبخت والعراب سواء) لان مطلق اسم الابل ينتظمهما

﴿ فصل فى زكوة البقرة ﴾

هو اسم جنس يقع على الذكر والانثى فالتاء فى البقرة للافراد لا للتأنيث والباقر جماعة البقر مع رعاتها كما فى بعض المعتبرات (وليس فى اقل من ثلثين من البقر زكوة فاذا كانت) اى البقر (ثلثين سائمة) صحيحة اومريضة (ففيها) اى فى ثلثين يجب (تبيع وهوماطعن) اى دخل (فى) السنة (الثانية) سمى به لانه يتبع امه (اوتبيعة) وهى انثاه نص على انه بالخيار فى احدهما وانما لم تتعين الانوثة فى هذا ولا فى الغنم لان الانوثة لاتعد فضلا فيهما والمتبادر منه البقر الاهلى فالوحشى والمتولد بينه وبين الاهلى لايعتبر فى النصاب كما فى الزاهدى لكن فى المحيط الاعتبار فيه للام فان كانت اهلية يزكى والا فلا (الى اربعين) بقرا (ففيها) اى فى اربعين يجب (مسن وهو ما طعن فى) السنة (الثالثة اومسنة) وهى انثاه هكذا روى عن النبى عليه الصلاة والسلام (ولاشئ فيما زاد) على اربعين (الى ان يبلغ ستين) عندهما وهو رواية عن الامام وفى جوامع الفقه هو المختار وذكر الاسبيجابى ان الفتوى على قولهما (وعند الامام فيه) اى فيما زاد على اربعين (بحسابه) ففى الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفى الاثنين نصف عشر مسنة وهذا رواية الاصل عن الامام وروى الحسن عنه انه لايجب فى الزيادة شئ حتى يبلغ خمسين ثم فيها مسنة

﴿ وربع ﴾

وربع مسنة اوثلث تبيع (و) يجب (فى الستين تبيعان وفى سبعين مسنة وتبيع وهكذا يحسب كلما زاد عشر ففى كل ثلثين تبيع وفى كل اربعين مسنة) يعنى يتغير الفرض هكذا فى كل عشر يعنى اذا صار ثمانين تجب مسنتان وفى تسعين ثلثة اتبعة وفى مائة تبيعان و مسنة وفى مائة وعشرة تبيع ومسنتان الا اذا تداخلا كما فى مائة وعشرين فيخير بين اربع اتبعة وثلث مسنات فعلى ماذكره مدار الحساب على الثلثيات والاربعيات (والجواميس كالبقر) وفيه ايهام الى ان الجاموس غير البقر وهو نوع منه وفى ذكره بصيغة الجمع عدول عن الاصل بلافائدة ولا يرد عليه ما اذا حلف ان لا يأكل لحم بقر فاكل الجاموس لا يحنث كما قال صاحب الهداية معللا له بان اوهام الناس لا تسبق اليه فى ديارنا لقلته والا فانه يحنث كما فى المحيط

﴿فصل فى زكوة الغنم﴾

وهى اسم جنس يقع على القليل والكثير والذكر والانثى وسميت به لانه ليس لها آلة الدفاع فكانت غنيمة لكل طالب كما فى الفتح (وليس فى اقل من اربعين من الغنم زكوة فاذا كانت) الغنم (اربعين سائمة ففيها) اى فى اربعين (شاة) اسم جنس تاؤها للافراد تقع على الضأن والمعز الا ان العرف يخصها بالضأن كما فى المنح وغيره (الى مائة واحدى وعشرين ففيها) اى فى مائة واحدى وعشرين (شاتان الى مائتين وواحدة ففيها) اى فى مائتين وواحدة (ثلاث شياه) بالكسر جمع شاة فان اصلها شوهة قلبت الواو الفا وحذف الهاء شذوذا (الى اربع مائة ففيها) اى فى اربع مائة (اربع شياه ثم فى كل مائة شاة) وما بين النصابين عفو هكذا روى عن النبى عليه الصلوة السلام وعليه انعقد الاجماع (والضأن والمعز) الضأن جمع ضائن ينتظم الكبش والنعجة والمعز جمع ماعز ينتظم التيس والمعزة (سواء) التسوية التى يفهم من تخيير المصنف انما هى فى تكميل النصاب لا فى اداء الواجب حتى ان الجذع من المعز اتفاقا ومن الضأن ايضا فى ظاهر الرواية مع ان الجذع لا يؤخذ (وادنى) مبتدأ خبره الثنى الآتى (ما تتعلق به الزكوة و يؤخذ فى الصدقة الثنى وهو ما تمت له سنة منها) لا الجذع وهو ما اتى عليه اكثر السنة هذا على تفسير الفقهاء وعند اهل اللغة الجذع ما تمت له سنة وطعنت فى الثانية والثنى ما تمت له سنتان وطعن فى الثالثة وعن الامام روى الحسن انه لا يؤخذ من المعز الا الثنى واما فى الضأن فتؤخذ الجذعة ايضا وهو قولهما والاول ظاهر الرواية وهو الصحيح كما فى الاختيار

﴿فصل فى زكوة الخيل﴾

اذا كانت الخيل سائمة) للنسل (ذكورا واناثا) منصوبان على الحالية (ففيها الزكوة) عند الامام فى رواية وهو الصحيح كما فى التحفة ورجحه صاحب الهداية والسرخسى وصاحب البدايع والقدورى فى التجريد لقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة من غير تفصيل وانما قلنا للنسل لانها ان كانت سائمة للركوب او الحمل او الجهاد فلا يجب شئ فيها وان للتجارة تجب فيها زكوة التجارة بالاجماع سواء كانت سائمة او غير سائمة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة وفى اطلاقه اشارة الى انه لا نصاب وهو الصحيح كما فى اكثر المعتبرات لكن يشكل اشتراط النصاب فى وجوب الزكوة مطلقا وقيل ثلاث وقيل خمس كما فى الكافى (خلافا لهما) وهو قوله قول الشافعى وعليه الفتوى كما فى اكثر المعتبرات لقوله عليه الصلوة والسلام ليس على المسلم صدقة فى فرسه ولا فى غلامه واوله من ذهب الى وجوب الزكوة بفرس الغازى تعارض الدليل وهو قوله عليه الصلوة والسلام فى كل فرس سائمة دينارا وعشرة دراهم وفى الاسرار ان اطلاق النفى كان لاتفاق العادة فانه لم يكن فى زمنه فرس لغير الغز و بين المسلمين وعلى هذا لا تأويل (فان شاء) المزكى (اعطى عن كل فرس) اسم جنس يقع على الذكر والانثى و يعم العربى وغيره (دينارا وان شاء قومها واعطى من قيمتها ربع العشر ان بلغت) قيمتها (نصابا) والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر رضى الله تعالى عنه كما فى العناية لكن هذا مروى عن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم

ومأثور عن زيد بن ثابت ايضا قيل هــذا فى افراس العرب لتقاربها فى القيمة واما فى افراسنا فتعين التقويم من غير خيــار و فيه نظر لان افراس العرب اعلى قيمة من افراسنا فاذا كان التخيير جائزا فيها مع انها اعلى قيمة فلم لايجوز فى افراسنا وقيل هذا فى الافراس المتساوية واما فى المتفاوتة قيمة فالزكوة باعتبار القيمة البتة (وليس فى ذكور الخلص شئ اتفاقا وفى الاناث الخلص عن الامام روايتان) لكن فى الفتح فى كل من الذكور المنفردة والاناث المنفردة روايتان والارجح فى الذكور عدم الوجوب لانها لاتتناسل وفى الاناث الوجوب لانها تتناسل بالفحل المستعار (ولاشئ فى البغال والحمير مالم تكن للتجارة) لقوله عليه الصلوة والسلام ليس فى الكسعة صدقة الكسعة الحمير فاذا لم تجب فى الحمير لاتجب فى البغال لانهــا من نسلها الاان تكون للتجارة فتجب زكوة التجارة (وكذا الفصلان) بالضم والكسر جمع الفصيل ولد الناقة اذا فصل عن امه (والحملان) بالضم والكسر جمع الحمل محركة وهو الخروف او الجذع من اولاد الضأن ممادونه وانما قدمها على العجاجيل مع ان حقهــا نظرا الى ترتيب الفصول السابقة التأخر عنها لانها تناسب الفصلان صيغة (والعجاجيل) جمع عجول بكسر العين وتشديد الجيم المفتوحة بمعنى عجــل ولد البقر حين تضعه امه الى شهر يعنى ليس فى جميع هــذه المذكورات زكوة عند الطرفين هــذا آخر اقوال الامام روى عن ابو يوسف انه قال دخلت على الامام فقلت له ماتقول فيمن يملك اربعين حملا فقال فيهــا شاة مسنة فقلت ربما تأتى قيمة الشاة فيها على اكثرها او على جميعها فتأمل ساعة ثم قال ولكن تؤخذ واحدة منهــا فقلت او يؤخذ الحمل فى الزكوة فتأمل ســاعة ثم قال لا اذ لايجب فيهــا شئ فعد هذا من مناقب الامام حيث اخذ بكل قول من اقاويله مجتهد ولم يضع منهــا شئ ومن المشايخ من رد مانقل عن الامام وقال ان مثل هذا من الصبيان محال فاظنك بابى حنيفة رحمه الله تعالى وقال بعضهم لامعنى لرده لانه مشهور فوجب ان يؤول على مايليق بحــاله فيقال انه امتحن ابا يوسف هل يهتدى الى طريق المناظرة فلما عرف انه يهتدى قال قولا عول عليه لكن بقى ههنا شئ وهو ان اخذ ابى يوسف قوله الثانى يأبى عن رده اياه عند المناظرة وكان يقول اولايجب فيهــا مايجب فى المسان وهو قول زفر ومالك كما قال الفــاضل ابن كمال الوزير لكن استصعب على بعض الفضلاء تصويرها بناء على ان وجوب الزكوة دائر على حولان الحول و بعــد الحولان لايبقى اسم الحمل والفصيل والعجول فقيل الاختلاف فى انعقاد النصاب كما لو ملك بالشراء او الهبة او غيرهما خمسة وعشرين فصيلا او ثلاثين عجلا او اربعين حملا هل ينعقد عليهــا الحول ام لا لاينعقد عنــد الطرفين بل يعتبر ان انعقاد الحول من حين الكبر وعلى غيرهما ينعقد حتى لو حال عليهــا الحول من حين ملكها وجبت وقيل فى بقائه كما لو ولدت السوائم قبــل الحول فهلكت السوائم فتم الحول عليهــا هل يبقى حول الاصول على الاولاد ففى قولهما لايبقى وفى الباقين يبقى (الا ان تكون معها كبار) اى كبار من السائمة التــامة الحول فيجعلون الصغــار تابعة للكبار فى انعقاد النصاب دون تأدية الزكوة فتجب الزكوة فيهــا بالاجماع حتى لو كانت مع تسع وثلاثين حملا مسنة واحــدة تجب شاة وسط وتؤخذ المسنة الا اذا هلكت فان الزكوة سقطت عن الباقى عندهما اذ الوجوب باعتبارها وعند ابى يوسف وجب جزء من اربعين جزء من مسنة (وعند ابى يوسف فيهــا واحدة منها) وهو الرواية الثانيــة عن الامام وبها اخذ الشافعى ايضا وجه قوله الاول ان الاسم المذكور من الخطــاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثــانى تحقيق النظر للجانبين وذلك ان ايجاب المسنــة اضرار بارباب النصب وفى اخلائه عن الايجــاب اضرار بالفقراء فقلنا بايجاب واحدة منهــا رفقا بالجانبين ووجه الاخير ان النص اوجب للزكوة اسنانا مرتبة ولامدخل للقياس فى ذلك وهو مفقود فى الصغار وهو الصحيح كما فى التحفة (ولا شئ فى الحوامل) هى ما اعدت لحمل الاثقال (والعوامل) هى ما اعدت للعمل

(والعلوفة) بفتح العين ما يعلف من الغنم وغيرها الواحد والجمع سواء و بالضم جمع علف لان النماء منعدم فيها لان المؤنة تتضاعف بالعلف فينعدم النماء معنى والسبب المال النامي (وكذا) لاشيء في (السائمة المشتركة) لانها انما تجب باعتبار الغنى و لاغناء الابالملك لا بملك شريكه (الاان يبلغ نصيب كل منهما نصابا) هذا اذا كانت مشتركة بالنصف فلو تفاوتت و بلغت حصة احدهما نصابا وجبت عليه ولو كانت بين صبي و بالغ وجبت الزكوة على البالغ (ومن وجب عليه مسن) ذكر المسن واراد ذات السن وهذا لان عمر الدواب يعرف بالسن (فلم يوجد عنده) اى المالك هذه العبارة وقعت بناء على الغالب المعتاد حتى لو دفع الاعلى او الادنى او القيمة مع وجود السن جاز (دفع ادنى منه مع الفضل او اعلى منه واخذ) المالك (الفضل) او دفع القيمة والمراد ان المتصدق مخير بين الامور الثلثة ثم يجبر الساعى القبول الا اذا دفع الاعلى وطلب الفضل حيث لايجبر فيه الساعى عليه لان فيه البيع الضمنى فلا جبر فيه وله ان يطلب قدر الواجب او قيمته وذكر صاحب البدايع ان المصدق لاخيار له الا اذا اعطاه بعض العين لاجل الواجب بان كان الواجب مثلا بنت لبون فاراد صاحب المال ان يدفع بعض الحقة بطريق القيمة فان له ان لايقبل لما فيه من عيب التشقيص وقال الزيلعى وهذا غير مستقيم لوجهين احدهما انه مع العيب يساوى قدر الواجب وهو المعتبر فى الباب والثانى ان فيه اجبار المصدق على شراء الزائد انتهى لكن فيه بحث فان قوله فيه اجبار المصدق على شراء الزائد ليس بسديد فانه لايجبر عليه وهو ايضا مخير غايته ان المصدق يعرض على الآخذ هذا فان قبله فيها والا يتوجه الى آخره و بالجملة انه لايجبر واحد منهما على شيء اذا دفع الاعلى (وقيل الخيار للساعى) والاولى ما قررناه آنفا والساعى من نصبه الامام لاخذ الصدقات (ويجوز دفع القيمة فى الزكوة) حتى لو ادى ثلاث شياه سمان عن اربع وسط جاز بخلاف ما لو كان المنصوص عليه مثليا بان ادى اربعة اقفزة جيدة عن خمسة وسط وهى تساويها لايجوز او كسوة بان ادى ثوبا يعدل ثوبين لم يجز الا عن ثوب واحد ولايجوز دفعها فى الضحايا والعتق لكن فى البحر ولايخفى انه فى الاضحية مقيد ببقاء ايام النحر واما بعدها فيجوز (والعشر والخراج والكفارات والنذور) هو بان نذر التصدق بهذا الخبز فتصدق بقيمته او بشاتين وسطين فتصدق بشاة تعدلهما جاز اما لو نذر ان يهدى شاتين وسطين او يعتق عبدين فاهدى شاة او اعتق عبدا يساوى كل منهما وسطين فانه لايجوز (وصدقة الفطر) يعنى اداء مكان المنصوص عليه فيما ذكر جائز عندنا خلافا للشافعى له النصوص والقياس على الهدى والاضحية ولنا تجويزه عليه الصلوة والسلام لامير اليمن ان يأخذ الثياب بدل الذهب والفضة وقال فانه ايسر على الناس وانفع للمهاجرين بالمدينة وليس ان القيمة بدل القيمة عن الواجب لان المصير الى البدل انما يجوز عند عدم الاصل واداء القيمة مع وجود عين المنصوص عليه فى ملكه جائز فكان الواجب عندنا احدهما اما العين او القيمة (وتسقط الزكوة بهلاك المال بعد الحول) وان تمكن من الاداء سواء كان من الاموال الباطنة او الظاهرة قبل طلب الساعى عندنا اتفاقا و بعد الطلب قيل تسقط ولايضمن هو الصحيح وقيل يضمن وعلى هذا العشر والخراج وقال الشافعى اذا هلكت الباطنة بعد التمكين لاتسقط قيد بهلاكه لانها لاتسقط باستهلاك النصاب وكذا اذا لحقه الدين بعد وجوب الزكوة (وان هلك بعضه سقطت حصته) لبقاء جزء يصلح لها فلو هلك من ثلاثين ومائة من الغنم ما سوى الاربعين لكان الواجب شاة ولو هلك قبل الحول ثم وجد مثله استؤنف منه الحول (ويصرف الهالك الى العفو اولا) وهو ما فوق النصاب فان لم يجاوز الهالك العفو فالواجب على حاله كما اذا كان له تسع من الابل وحال عليه الحول يكون الواجب فيها شاة و يكون الواجب فى خمس من التسع حتى لو هلك الا ربع لايسقط شيء من الشاة (ثم الى نصاب يليه) فان جاوز الهالك العفو يصرف الى نصاب يليه كما لو هلك

خمسة عشر من اربعين بعيرا فالاربعة تصرف الى العفو ثم احد عشر الى النصاب الذى يليه وهو ما بين خمسة وعشرين الى ست وثلاثين حتى تجب بنت مخاض (ثم وثم) الى ان ينتهى (عند الامام) كما او هلك عشرون منها ففى الباقى اربع شياه واو هلك خمسة وعشرون ففى الباقى ثلاث شياه واو هلك ثلثون ففى الباقى شاتان واو هلك خمسة وثلثون ففى الباقى شاة (وعند ابى يوسف يصرف) الهالك (بعد العفو الاول الى النصب) اى الى كل النصاب حال كونه (شايعا) كما او هلك خمسة عشر منها فتجب فى الباقى خمسة وعشرون جزأ من ستة وثلاثين جزأ من بنت لبون عنده كانت الاربعة الزائدة على اربعين عفوا فيصرف الهالك الى الاربعة اولا ثم الهلاك يشيع فى الكل فيسقط بقدر الهالك (والزكوة تتعلق بالنصاب دون العفو) عند الشيخين (وعند محمد) وزفر (بهما) اى بالنصاب والعفو لان الزكوة وجبت شكر النعمة المال والكل نعمة وللشيخين قوله عليه الصلاة والسلام فى خمس من الابل شاة وليس فى الزيادة شئ حتى تبلغ عشرا وهكذا قال فى كل نصاب ونفى الوجوب عن العفو وفرع على هذا الاصل فقال (فلو هلك بعد الحول اربعون من ثمانين شاة تجب شاة كاملة وعند محمد نصف شاة) لان الهلاك يصرف الى العفو فقط عند الامام وعند محمد يصرف اليهما (ولو هلك خمسة عشر من اربعين بعيرا تجب بنت مخاض) لما قررناه آنفا (وعند ابى يوسف خمس وعشرون جزأ من ستة وثلاثين من بنت لبون) لما قدمناه آنفا (وعند محمد نصف بنت لبون وثمنها) لان الهلاك يصرف اليهما جميعا فاذا هلك خمسة عشر من اربعين بقى خمس وعشرون فيجب نصف وثمن من بنت لبون اعلم ان صرف الهلاك الى العفو منصور فى جميع الاموال عند الامام وعندهما فلا الا فى السوائم (ويأخذ الساعى الوسط) رعاية للجانبين بلا جبر (لا الاعلى ولا الادنى) حتى لو وجبت بنت لبون مثلا لا يأخذ خيار بنت لبون ولا اردأها وانما يأخذ وسط بنت لبون (ولو اخذ البغاة) الاخذ ليس قيد احتراز يا حتى لو لم يأخذوا منه الخراج وغيره سنين وهو عندهم لم يؤخذ منه شئ ايضا كما فى التبيين (زكوة السوائم او العشر او الخراج يفتى اربابها ان يعيدوها خفية) اى يؤدونها الى مستحقيها فيما بينهم و بين الله تعالى اخفاء وسرا (ان لم يصرفوها فى حقها الا الخراج) لان الخراج يصرف الى المقاتلة وهم منهم اذا اهل البغى يقاتلون اهل الحرب والزكوة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم تسقط الزكوة عنه وكذا الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات فقراء والاول احوط كما فى الهداية وفى البزازية السلطان الجائر اذا اخذ صدقات الاموال الظاهرة تجوز وتسقط فى الصحيح ولا يؤمر ثانيا

﴿ باب زكوة الذهب والفضة والعروض ﴾

بالضم جمع عرض بفتحتين حطام الدنيا اى متاعها سوى النقدين كما فى العناية وكذا سكون الراء وفتح العين مثل فلس وفلوس كما فى الديوان وقال ابو عبيد الامتعة التى لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا والمراد هنا الثانى لعموم الاول كما فى اكثر الكتب لكن لا يستقيم فيما اذا كانت التجارة بالحيوانات من الغنم والبقر والجمل فان الزكوة فيما ذكر زكوة التجارة لا السوائم لكن يلزم من هذا استثناء السوائم الا ان يقال ان اللام للعهد (نصاب الذهب) اى الحجر الاصفر الرزين مضروبا كان او غيره وانما سمى به لكونه ذاهبا بلا بقاء كما فى القهستانى (عشرون) اى مقدر بعشرين (مثقالا) هو لغة ما يوزن به قليلا كان او كثيرا وعرفا ما يكون موزونه قطعة ذهب مقدر بعشرين قيراطا والقيراط خمس شعيرات متوسطة غير مقشورة مقطوعة ما امتد من طرفيها فالمثقال مائة شعيرة وهذا على رأى المتأخرين واما على رأى المتقدمين فالمثقال ست دوانق والدانق اربع طسوجات والطسوج حبتان والحبة شعيرتان فالمثقال شعيرة وتسعة عشر قيراطا فالتفاوت بين القولين اربع شعيرات كما فى القهستانى (ونصاب الفضة) اى الحجر الابيض الرزين او غيره مضروب وانما سمى بها لازالة الكربة عن مالكها من الفض وهو التفريق (مائتا درهم

وفيهما ربع العشر) وهو نصف مثقال في نصاب الذهب وخمسة دراهم في الفضة هكذا روى عن النبي عليه الصلاة والسلام (ثم في كل اربعة مثاقيل واربعين درهما بحسابه) ففي اربعين درهما زادت على المأتين درهم وفي اربعة مثاقيل زادت على العشرين حصتها ولا شيء فيما دون ذلك عند الامام وهو الصحيح كما في التحفة لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون الاربعين صدقة (وقالا مازاد بحسابه وان) وصلية (قل) وهو قول الشافعي فلو زاد دينار وجب جزء واحد من عشرين جزءا من نصف دينار ولو زاد درهم وجب جزء من اربعين جزءا من درهم وهكذا لقوله عليه الصلاة والسلام وما زاد على المأتين فبحسابه لكن يمكن ان يحمل الزائد على المائتين في هذا على الاربعينات توفيقا (والمعتبر) بعد بلوغ النصاب (فيهما الوزن وجوبا واداء) عند الشيخين وقال زفر تعتبر القيمة وقال محمد يعتبر الانفع للفقراء حتى لو ادى عن خمسة دراهم جياد خمسة زيوفا قيمتها اربعة جياد جاز عند الشيخين خلافا لمحمد وزفر ولو ادى اربعة جيدة قيمتها خمسة ردية عن خمسة ردية لا تجوز الا عند زفر ولو كان نقصان السعر لنقص في العين بان ابتلت الحنطة اعتبر يوم الاداء اتفاقا لان هلاكه بعض النصاب بعد الحول او كانت الزيادة لزيادتها اعتبر يوم الوجوب اتفاقا لان الزيادة بعد الحول لا تضم كما في الفتح وانما قلنا بعد بلوغ النصاب لان من له ابريق فضة وزنها مائة وخمسون وقيمتها مائتان فلا زكوة بالاجماع ولو ادى من خلاف جنسه تعتبر القيمة بالاجماع (و) المعتبر (في الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة منها) اى من الدراهم (وزن سبعة مثاقيل) واعلم ان الدراهم مختلفة على عهده عليه الصلاة والسلام فمنها عشرة دراهم على وزن عشرة مثاقيل وعشرة على ستة مثاقيل وعشرة على خمسة مثاقيل فاخذ عمر رضي الله تعالى عنه من كل نوع ثلثا كيلا تظهر الخصومة في الاخذ والاعطاء فصار المجموع احدى وعشرين مثقالا فثلثه سبعة مثاقيل وهذا يجري في كل شيء من الزكوة ونصاب السرقة والمهر وتقدير الديات وفي النوازل المعتبر وزن كل بلد (وما غلب ذهبه او فضته فحكمه حكم الذهب والفضة الخالصين) وفيه اشعار بعدم الوجوب اذا تساوى احدهما الغش وقيل تجب الزكوة احتياطا اختاره في الخانية والخلاصة وقيل فيه خمسة دراهم وقيل درهمان ونصف (ما غلب غشه) كالستوقة لان الغالب عليها الغش (تعتبر قيمته) اذا كانت رايجة او نوى التجارة (لا وزنه وتشترط نية التجارة فيه) اى فيما غلب غشه فان لم تكن اثمانا رايجة ولا منوية للتجارة فلا زكوة فيها الا ان يكون ما فيها من الفضة يبلغ النصاب بان كانت كثيرة وتتخلص من الغش فان كان ما فيها لا يتخلص فلا لان الفضة فيها قد هلكت كما في اكثر الكتب لكن في الغاية الظاهر ان خلوص الفضة من الدراهم ليس بشرط بل المعتبر ان يكون في الدراهم فضة بقدر النصاب (كالعروض) ليكون ناميا (ويجب في تبرهما) بالكسر وهو ما يكون غير مضروب من الفضة والذهب وقد يطلق على غيرهما من المعدنيات كالنحاس والحديد الا انه بالذهب اكثر اختصاصا وقيل فيه حقيقة وفي غيره مجاز (وحليهما) سواء كان للنساء او لا او قدر الحاجة او فوقها او يمسكها للتجارة او للنفقة او للتجمل او لم ينو شيئا وقال مالك المباح الاستعمال لا زكوة فيه وهو اظهر القولين عن الشافعي لانه مبتذل ومباح فشابه ثياب البذلة ولنا السبب مال نام والنماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب وحلي المرأة معروف جمعه حلي بالضم والكسر ولا يدخل الجوهر واللؤلؤ وبخلافه في بحث الايمان (وآنيتهما) جمع اناء (و) تجب الزكوة ايضا (في عروض تجارة بلغت قيمتها نصابا من احدهما) اى الذهب والفضة (تقوم) اى عروض التجارة (بما هو انفع للفقراء) ايهما كان لقوله عليه الصلاة والسلام يقومها فيؤدي من كل مأتي درهم خمسة دراهم وهذا عند الامام يعني تقوم بما يبلغ نصابا ان كان يبلغ باحدهما دون الآخر احتياطا في حق الفقراء كما في التبيين ويحتمل ان يراد انها تقوم بالانفع وان كانت تبلغ بهما

فان كان التقويم بالدراهم انفع قومت بها وان بالدنانير قومت بها وان بلغ بكل منهما تقوم بالاروج واو استويا رواجا يخير المالك وتقوم في المصر الذي هو فيه او في مفازته القريبة وان كان له عبد في بلد آخر يقوم في ذلك البلد الذي هو فيه ويقوم بالمضروبة وعند ابي يوسف ان كان ثمنها من النقود قومت بما اشتريت به وان كان من غيرها قومت بالنقد الغالب وعند محمد قومت بالنقد الغالب على كل حال (وتضم قيمتها) اي العروض التي للتجارة (اليهما) اي الذهب والفضة (ليتم النصاب) فيزكي عن قفيز حنطة للتجارة وخمسة مثاقيل من ذهب قيمة كل مائة درهم عند الامام لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد وعندهما لا شيء فيه (ويضم احدهما) اي النقدين (الى الآخر بالقيمة) عند الامام للمجانسة من حيث الثمنية (وعندهما بالاجزاء) اي بالقدر فيزكي لو كانت له مائة درهم وخمسة دنانير قيمتها تبلغ مائة درهم عنده خلافا لهما ولو كانت له مائة درهم وعشرة دنانير قيمتها لا تبلغ مائة درهم تجب الزكوة عندهما وعنده لا وعند الشافعي لا يضم احدهما الى الآخر لتكميل النصاب واعلم ان السوائم المختلفة الجنس كالابل والبقر والغنم لا يضم بعضها الى بعض بالاجماع (ويضم مستفاد من جنس نصاب اليه) اي النصاب (في حوله وحكمه) اي في حكم المستفاد والحول وحكم الحول وجوب الزكوة يضاف فلو ملك مائتي درهم وحال الحول وقد حصلت في اثنائه مائة درهم يضمها اليه ويزكي عن الكل وانما قيد بمن جنسه لان خلاف جنسه لا يضم بالاتفاق والمستفاد من جنسه لا يخلو من ان يكون حاصلا بسبب الاصل كالاولاد والارباح او بسبب مقصود في نفسه فان كان الاول يضم بالاجماع وان كان الثاني مثل ان يكون عند رجل مقدار ما تجب فيه الزكوة من سائمة فاستفاد من ذلك الجنس في اثناء الحول بشراء او هبة او غيرهما ضمها وزكى كلها عند تمام الحول عندنا خلافا للشافعي (ونقصان النصاب) اطلقه ليتناول كل نصاب تجب فيه الزكوة كالنقدين وعروض التجارة والسوائم (في اثناء الحول لا يضر ان كمل في طرفيه) لان في اعتبار كمال النصاب في جميع الحول حرجا فاعتبر وجود النصاب في اول الحول للانعقاد وفي آخره للوجوب وفيه اشارة الى انه لا بد من بقاء شيء من النصاب حتى لو هلك كله في اثناء الحول لا تجب وان تم آخر الحول على النصاب فلو كان له عصير فتخمر ثم تخلل في آخره والخل ايضا يساويه يستأنف للخل ويبطل الحول الاول والى ان الدين في الحول لا يقطع حكم الحول وان استغرق خلافا لزفر وكذا اذا جعل السائمة علوفة لان العلوفة ليست من مال الزكوة وذلك لان فوات وصفه كهلاك كل النصاب ولو كان له اربعون شاة ماتت في الحول ففيه الزكوة اذا كان صوفها مائتي درهم وعند الشافعي يشترط الكمال في كل الحول في سائمة ونقد وفي آخر الحول في عروض (ولو عجل) اي قدم (ذو نصاب لسنين) اي صح لمالك النصاب او اكثر ان يؤدي زكوة سنين قبل ان تجيء تلك السنون حتى اذا ملك في كل منها نصابا اجزأه ما ادى من قبل لان السبب المال النامي وقد وجد (او عجل (النصب صح) اي صح لمالك نصاب واحد ان يؤدي زكوة نصب كثيرة حتى اذا ملك النصب اثناء الحول فبعدما تم الحول اجزأه ما ادى خلافا لزفر وفيه انه لا يجوز التقديم لكل منهما بلا نصاب اجماعا فلو عجل فان كان في يد الفقير لم يأخذه وفي يد الامام اخذه لكن اذا هلك لم يضمنه (ولا شيء في مال الصبي التغلبي وعلى المرأة منهم ما على الرجل) بنو تغلب بكسر اللام قوم من نصارى العرب طالبهم عمر رضي الله تعالى عنه بالجزية فابوا فقالوا نعطي الصدقة مضاعفة فصولحوا على ذلك فقال عمر رضي الله تعالى عنه هذا جزيتكم فسموها ما شئتم فلما جرى الصلح على ضعف زكوة المسلمين لا تؤخذ من صبيانهم وتؤخذ من نسوانهم كالمسلمين مع ان الجزية لا توضع على النساء هذا ظاهر رواية وروى الحسن عن الامام انها لا تؤخذ من نسائهم ايضا لانها بدل الجزية ولا جزية على النساء

﴿باب العاشر﴾

اخر هذا الباب عما قبله لتمحض ما قبله في العبادة وهذا يشمل

غير الزكوة كالمأخوذ من الذمي والحربي ولما كان فيه عبادة وهو ما يؤخذ من المسلم قدمه على الخمس من الركاز والعاشر فاعل من عشرت القوم اعشرهم عشرا بالضم فيهما اذا اخذت عشر اموالهم لكن المأخوذ هو ربع العشر لا العشر الا في الحربي الا ان يقال اطلق العشر واراد به ربعه مجازا من باب ذكر الكل وارادة جزئه او يقال العشر صار علما لما يأخذه العاشر سواء كان المأخوذ عشرا لغويا او ربعه او نصفه فلا حاجة الى ان يقال العاشر هو تسمية الشيء باعتبار بعض احواله (هو من نصب) اي نصبه الامام (على الطريق) احتراز عن الساعي وهو الذي يسعى في القبائل ليأخذ صدقة المواشي في اماكنها فلا يصح ان يكون عبدا ولا كافرا لعدم الولاية فيهما ولا هاشميا لما فيه من شبهة الزكوة وبه يعلم حكم تولية الكافر في زماننا على بعض الاعمال ولا شك في حرمة ذلك (ليأخذ صدقات التجار) المارين باموالهم عليه فيأخذ من الاموال الظاهرة والباطنة وهذا بان لا يكون في المصر ولا في القرى بل في المفازة قالوا انما ينصب ليأمن التجار من اللصوص ويحميهم منهم فيستفاد منه انه لا بد ان يكون قادرا على الحماية لان الجباية بالحماية وانما سمي بالصدقة تغليبا لاسم الصدقة على غيرها (يأخذ من المسلم ربع العشر) لانه الزكوة بعينها (ومن الذمي نصفه) لان حاجة الذمي الى الحماية اكثر من حاجة المسلم (ومن الحربي تمامه) لان احتياجه اليها اشد لكثرة طمع اللصوص في امواله (ان بلغ ماله) اي بشرط ان يبلغ مال الحربي (نصابا و) بشرط ان (لم يعلم قدر ما يأخذون منا) اي مقدار ما يأخذ اهل الحرب من المسلمين لكن علم نفس الاخذ منهم كما في القهستاني وفي العناية اذا اشتبه الحال بان لم يعلم العاشر ما يأخذون من تجارنا يؤخذ منه العشر (وان علم) ما اخذوه منا (اخذ مثله) قليلا او كثيرا تحقيقا للمجازاة هذا هو الاصل لان عمر رضي الله تعالى عنه امر بذلك (لكن ان اخذوا الكل لا نأخذه) اي العاشر الكل لانه غدر (بل يترك قدر ما يبلغه مأمنه) في الصحيح لان الايصال علينا فلا فائدة في اخذ الكل وقيل يأخذ الكل زجرا لهم (وان كانوا لا يأخذون) منا (شيئا لا يأخذ) العاشر (منهم شيئا) لانه اقرب الى مقصود الامان (ولا) يأخذ (من القليل وان) وصلية (اقر بان في بيته ما يكمل النصاب) لما كان مظنة ان يتوهم ان الشرط هو ملك النصاب مطلقا لا نصاب المرور دفعه بقوله ولا من القليل وان اقر الى آخره وبهذا يظهر بطلان اعتراض بعض الشراح بزيادته لكن في الهداية وغيرها وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة وفي الجامع الصغير وفي كتاب الزكوة لا يأخذ من القليل وان كانوا يأخذون منه لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية انتهى فعلى هذا يلزم على المصنف تفصيل (ويقبل قول من انكر) من التجار الذين يمرون عليه (تمام الحول) او حكما كما في المستفاد وسعد الحول (او الفراغ من الدين) اي انكر فراغ الذمة من الدين المطالب من قبل العبد وفي البحر اطلق في الدين فشمل المستغرق للمال والمنقص للنصاب وهو الحق وبه اندفع ما في النهاية من التقييد بالمحيط بماله واندفع ما في العناية من ان العاشر يسأله عن قدر الدين على الاصح فان اخبره بما يستغرق النصاب يصدقه وما في الشمني من ان هذا ليس بتام لان الدين يشمل ما لا يكون منقصا للنصاب كما يشملهما فاطلق التقييد كما لا يخفى تدبر (او ادعى الاداء الى الفقراء بنفسه في المصر) لان الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وانما قال في المصر لانه لو ادعى الدفع اليهم بعد الخروج من المصر لا يقبل (في غير السوائم) لان حق الاخذ في السوائم للامام في المصر وغيره ثم اذا لم يجز الامام دفعه يضمن عندنا قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا هو الصحيح (او) ادعى (الاداء الى عاشر آخر ان وجد عاشر آخر) في تلك السنة او نصب آخر في غير هذا المحل فيأخذ به لظهور كذبه اذا لم يعلم وجود عاشر آخر لان الامين يصدق بما اخبر الا اذا هو كذب بيقين (مع يمينه) اي صدق في دعوى هذه الامور بيمينه وهو ظاهر الرواية

والعبادات وان كانت يصدق فيهما بلا تحليف لكن تعلق هنا حق العبد وهو العاشر فى الاخذ فهو يدعى عليه معنى لو اقر به لزمه فيحلف لرجاء النكول وعن ابى يوسف لا يمين عليه كما فى سائر العبادات (ولا يشترط اخراج البراءة) اى العلامة بالدفع لعاشر آخر فى الاصح لانه قد يصنع اذ الخط يشبه الخط فلو جاء بالبراءة بلا حلف لم يصدق عند الامام و يصدق عندهما على قياس الشهادة بالخط (ولا يقبل فى ادائه بنفسه خارج المصر) اى اذا ادعى الاداء من الاموال الظاهرة او من الاموال الباطنة بعد الاخراج الى السفر فانه لا يقبل و يضمن عندنا خلافا للشافعى (ولا) يقبل (فى السوائم) ولو فى المصر) هاتان المسئلتان وان فهمتا عما سبق فههنا صرح بهما (وما قبل من المسلم قبل من الذمى) هذا ليس بجار على عمومه لان الذمى لو قال اديتها الى الفقراء فى المصر لا يصدق كما يصدق المسلم لان ما يؤخذ منه جزية ومصرفها مصالح المسلمين وليس له ولاية الصرف على الفقراء كما فى الزيلعى وغيره فلو زاد الا فى ادعاء الاداء بنفسه الى الفقير لكان اولى (لا) يقبل (من الحربى) جميع ذلك (الا قوله لامته هى ام ولدى) فيقبل لان كونه حربيا لا ينافى الاستيلاد واقراره بنسب من فى يده صحيح اذا كان يولد مثله لمثله وامومية الولد تبع للنسب ولو كان لا يولد مثله لمثله فانه يعتق عليه عند الامام ويعشر لانه اقرار بالعتق فلا يصدق فى حق غيره (وان مر الحربى ثانيا قبل مضى الحول) بعد التعشير (فان مر بعد عوده الى داره عشر ثانيا) ولو فى يوم واحد لقرب الدارين كما فى جزيرة الاندلس لان ما يؤخذ منه بطريق الامان وقد استفاده فى كل مرة (والا فلا) يعشر ثانيا لان الاخذ فى كل مرة يؤدى الى الاستيصال حتى يحول الحول قال ابن كمال الوزير وما قيل اذا قال اديت الى عاشر آخر وفى تلك السنة عاشر آخر ينبغى ان يصدق فيه والا يؤدى الى الاستيصال وهو لا يجوز مردود رواية ودراية اما الاول فلان المسئلة فى التحفة وشروح الهداية على خلاف ما ذكره واما الثانى فلان المأخوذ منهم اجرة الحماية وقد وجدت من هذا العاشر الاخر كما وجدت من العاشر الاول ولا يسقط حق احدهما بالاخذ الاخر حقه والاستيصال لا يلزم به كما لا يلزم بالتعشير فى يوم واحد مرتين اذا تخلل بينهما الرجوع الى دار الحرب انتهى لكن هذا الدليل جار فى حق الذمى لان المأخوذ منه اجرة الحماية ايضا كما قررناه آنفا فيلزم ان لا يصدق وليس الامر كذلك تدبر (و يعشر قيمة الخمر) ولو قال قيمة خمر كافر للتجارة لكان اولى لان العاشر لا يأخذ من المسلم اذا مر بالخمر اتفاقا وكذا لا يأخذ اذا لم يكن للتجارة وجلود الميتة كالخمر كما فى المنح (لا قيمة الخنزير) اى لو مر بهما على العاشر عشر الخمر اى من قيمتها دون الخنزير وكذا ان مر بها الا ان مر به لان الخنزير من ذوات القيم فاخذ قيمته كاخذ عينه والخمر من ذوات الامثال فاخذ قيمتها لا يكون كاخذها وطريق معرفته الرجوع الى اهل الذمة كما فى البحر وفى الغاية يعرف بقول فاسقين تابا او ذميين اسلما لكن ان القيم تختلف بحسب الازمنة والامكنة ووجود فاسقين تابا او ذميين اسلما حين صدور الدعوى نادر تدبر (وعند ابى يوسف ان مر بهما معا عشرهما) كانه جعل الخنزير تابعا وعشر الخمر دون الخنزير ان مر بهما على الانفراد وقال الشافعى لا يعشر واحد منهما وقال زفر يعشرهما مطلقا (ولا يعشر مال ترك فى المصر) لما تقرر من ان شرطه بروزه بالمال عليه فتلزمه الزكوة فيما بينه و بين الله (ولا) يعشر مال (بضاعة) وهى مال يكون ربحه لغيره لانه غير مأذون باداء زكوته (ولا) يعشر مال (مضاربة) وفى الايضاح هذا فى حق المسلم والمسلم والذمى دون الحربى قال فى التحفة ولو قال الحربى هذا المال بضاعة لا يقبل قوله (ولا) يعشر (كسب مأذون) لانه ملك لهما ولا نيابة من المالك وهذا هو الصحيح من ائمتنا الثلثة ولو كان فى المضاربة ربح عشرت حصة المضارب ان بلغت نصابا (الا ان كان لا دين عليه) اى المأذون (ومعه مولاه) فانه يأخذه منه لان الملك له وان كان عليه دين يحيط بماله فلا يأخذه لانعدام الملك على اصل الامام وللشغل على اصلهما وكذا لا يأخذه اذا لم يكن معه مولاه (ومن

مر بالخوارج فعشروه عشر ثانيا) اذا مر على عاشر اهل العدل لان التقصير جاء من جهته حيث مر
عليهم بخلاف ما لو ظهروا على مصر او قرية لان التقصير ثمه جاء من قبل الامام ولا يؤخذ العشر
من مال صبي حربي الا ان يكونوا يأخذون من اموال صبياننا شيئا كما في البحر

﴿ باب الركاز ﴾

بكسر الراء دفين اهل الجاهلية كانه ركز في الارض واركز الرجل وجد الركاز كما في المختار وفي المغرب
هو المعدن والكنز لان كلا منهما مركوز في الارض وان اختلف الراكز وشيء راكز ثابت وفي الفتح
ويطلق الركاز عليهما حقيقة مشتركا معنويا وليس خاصا بالدفين واودار الامر فيه بين كونه
مجازا فيه او متواطئا اذ لا شك في صحة اطلاقه على المعدن كان التواطؤ متعينا وبه اندفع ما في الغاية
والبدايع من ان الركاز حقيقة في المعدن لانه خلق فيها مركبا وفي الكنز مجاز بالمجاورة وقال سعدي
افندي وما في العناية من ان المعدن اسم لما خلقه الله تعالى في الارض يوم خلقت الارض غير معلوم
والاولى ترك هذه الزيادة انتهى وفيه كلام لانه معلوم بالرواية لما روى البيهقي عن ابي هريرة رضي الله
تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم في الركاز الخمس قيل وما الركاز يا رسول الله
قال الذهب والفضة الذي خلقه الله تعالى في الارض يوم خلقت الارض كما في الشمني لكن هذا
الحديث يدل على ان الركاز يطلق على معدنهما فقط لا على غيرهما الا ان يقال انه موضوع تدبر
وعندنا ما يؤخذ من الركاز ليس بزكوة عندنا بل يصرف مصرف الغنيمة فموضعه المناسب كتاب
السير الا ان يقال لما كان زكوته زكاة مقصودة بالنفي على ما ذهب اليه الشافعي اورده ههنا بهذه العلاقة
(مسلم او ذمي وجد معدن) بكسر الدال (ذهبا او فضة او حديدا او رصاص او نحاس) او نحوها
مما ينطبع بالنار ويذاب كالصفر وقيدنا به احترازا عن المايعات كالقار ونحوه وعن الجامد الذي
لا ينطبع كالجص (في ارض عشر او خراج) احتراز عما وجد المعدن في الدار (اخذ منه) اي من
الموجود او من الواجد (خمسه والباقي) اي اربعة اخماسه (له) اي للواجد سواء كان مسلما او ذميا
حرا او عبدا صبيا او بالغا رجلا او امرأة لا حربيا لان استحقاق هذا المال كاستحقاق الغنيمة ولجميع
ما ذكرنا حق في الغنيمة بخلاف الحربي فانه لا حظ له في الغنيمة وان قاتل باذن الامام كما في العناية
لكن في المنح ان الحربي والمستأمن اذا عمل بغير اذن الامام لم يكن له شيء وان عمل باذنه فله ما شرط
لانه استعمله فيه واذا عمل الرجلان في طلب الركاز واصابه احدهما يكون للواجد واذا استأجر
اجيرا للعمل في المعدن فالمصاب للمستأجر لانهم يعملون له (ان لم تكن الارض مملوكة والا) اي
وان كانت مملوكة (فلمالكها) اي الباقي بعد الخمس لمالك الارض لان اليد له ظاهرا او باطنا (وما)
اي المعدن الذي (وجده الحربي) في دارنا (فكله فيء) كما قررناه آنفا (وان وجده) اي المسلم او الذمي
المعدن ولو قدمها على مسئلة الحربي لكان مناسبا (في داره) وما في حكمها كالمنزل والحانوت
(لا يخمس) عند الامام (خلافا لهما) لاطلاق قوله عليه الصلوة والسلام وفي الركاز الخمس
كالكنز (وفي ارضه) المملوكة قيدنا بها لان في الارض المباحة تجب اتفاقا وقال الشافعي لا شيء
في غير الذهب والفضة وفيهما تجب الزكوة ولا يشترط الحول في قول (روايتان) ففي الاصل
لا شيء فيه وفي الجامع خمس والفرق على هذه الرواية بين الارض والدار ان الارض لم تملك خالية
عن المؤن بل فيها الخراج او العشر والخمس من المؤن بخلاف الدار فانها تملك خالية عنها (ولو
وجد كنزا فيه علامة الاسلام) مثل آية من القرآن او كلمة الشهادة او اسم الملك الاسلامي (فهو
كاللقطة) وسيأتي حكمها في موضعها ان شاء الله تعالى (وما فيه علامة الكفر) مثل الصنم
او اسامي ملوكهم المعروفين (خمس) يقال خمس القوم اذا اخذ خمس اموالهم من باب طلب والخمس
بضمتين وقد تسكن الميم وهنا بتخفيف الميم لانه متعد فجاز بناء المفعول منه (وباقيه له) اي للواجد
سوى الحربي المستأمن (ان كانت ارضه) اي الارض الذي وجد فيها الكنز (غير مملوكة)

كالجبل والمفازة وغيرهما (وان كانت مملوكة فكذلك عنـد ابي يوسف) اي الخمس فيئ وباقيه للواجد لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهو من الواجد اختار المصنف قول ابي يوسف لكن في مختصر الوقاية وغيره خلافه تبع (وعندهما باقيه لمن ملكها اول الفتح) اي حين فتح اهل الاسلام تلك البلدة (ان علم) وان لم يوجد فلو رثته ثم وثم ان عرفوا لان المختط له ملك الارض بالحيازة فملك ظاهرها وباطنها والمشتري ملكها بالعقد فملك الظاهر دون الباطن فبقي الكنز على ملك صاحب الخطة (والا) اي وان لم يعلم (فلاقصى مالك عرف لها في الاسلام) وهو اختيار شمس الائمة وقال ابو الليث يوضع في بيت المال وهو الاوجه وهذا اذا تصادقا انه كنز فلو قال صاحبه انا وضعته فالقول له لانه في يده كما في الزاهدي (وما شابه ضرب به) عليهم بان خلا عن العلامة (يجعل كافرا في ظاهر المذهب) لانه الاصل (وقيل اسلاميا في زماننا) لتقادم العهـد (ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في صحرائها ركازا) اي معدن ذهب ونحوه في ارض غير مملوكة لاحـد كالمفازة فان الركاز اسم للمعدن حقيقة وللكنز مجازا فلاينبغي ان يراد به الكنز كما في القهستاني لكن يدفعه مانقلناه آنفا عن الفتح تدبر (فكله له) اي للمستأمن لانه ليس في يد احد فلايكون غدرا وفيه اشارة الى انه لو دخل متلصص دارهم ووجد في صحرائهم ركازا فهو له بالطريق الاولى لانه غير متجاهر ولم يأخذه قهرا وغلبة (وان وجده) اي ان وجد ذلك المستأمن من الركاز (في دار منها) اي من دار الحرب (رده على مالكها) اي الدار وكذا في ارض مملوكة في دار الحرب حذرا عن الغدر والخيانة ولو لم يرده واخرجه الى دارنا كان ملكاله ملكا خبيثا كما في التحفة وهذا قول الطرفين واما عنـد ابي يوسف فيخمس والمالسند الواجد الى المستأمن لانه لو وجده متلصص فهو له (وان وجد) مبني للمفعول ولايرجع ضميره للمستأمن المذكور (ركاز متاعهم) اي دخل رجل ذو منعة دار الحرب ووجد ركاز متاعهم اي مايتمتع وينتفع به قبل الاواني وقيل الثياب (في ارض منها) اي من دار الحرب (غير مملوكة) قيده لنفي الحكم بالاولوية في المملوكة لكون المأخوذ غنيمة (خمس وباقيه له) وبهذا التحقيق اندفع ماقال الدرر على الوقاية وصاحب الفرائد على المصنف وكذا ظهر فساد ماقيل وهذه المسئلة وان فهمت مماسبق الا انه ذكرها تبعا للهداية واماقول الباقاني ارباع ضمير منها على ارض خراجية وعشرية في ارضنا فهو غاية البعد على ان هذه المسئلة تبين في هذه الصورة تأمل فانه من مزالق الاقدام (ولاخمس في نحو فيروزج) وهو معرب پيروزه (وجد) وكذا في الياقوت والزمرد وغيرهما لقوله عليه الصلوة والسلام لاخمس في الحجر (وجد في جبل) قيده به لانه [illegible] من ما يوجد في خزائن الكفار (وفي خمس زئبق) عند الامام آخرا [illegible] بكسر الباء بعد همزة ساكنة وهو معرب بالهمزة (لا) يخمس (لؤلؤ) هو [illegible] القطرة [illegible] الربيع الواقع في الصدف وقيل انه حيوان من جنس السمك [illegible] (وعنبر) عند الطرفين وعند [illegible] في الاصح انه حشيش في البحر وقيل [illegible] وقيل [illegible] البحر [illegible] والحق انه شيء يخرج من عين في البحر [illegible] ويرمى بالساحل كما في القهستاني وكذا لاشيء في المستخرج من البحر [illegible] لان قهر الماء [illegible] فلايكون المأخوذ منه غنيمة فلايكون فيه الخمس (وعند ابي يوسف بالعكس) اي يخمس زئبق ويخمس لؤلؤ وعنبر عنده في الاصح

﴿ باب زكوة الخارج ﴾ وجه تأخيره ان الزكوة عبادة محضة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة [illegible] والعبادة المحضة مقدمة وسمي بالزكوة مع ان المأخوذ ليس بمقدار الزكوة بل العشر الا ان المأخوذ يصرف مصارف الزكوة فسمي بها [illegible] الحاجة [illegible] زكوة على قولهما [illegible] (فيما سقته السماء) اي المطر (او سيحا)

السيح بفتح السين وسكون الياء الماء الجاري كالانهار والاودية في اكثر السنة فان سقاه في النصف او الاقل ففي الخارج نصف العشر كما في الاختيار (او) ما (اخذ من ثمر جبل العشر) مبتدأ والظرف المقدم خبره ان حماه الامام لانه مال مقصود وعن ابي يوسف لاشئ فيه لانه باق على الاباحة وان لم يحمه الامام فلا شئ فيه كالصيد كما في الجامع الصغير (قل او كثر بلا شرط نصاب و) لاشرط (بقاء) حتى تجب في الخضروات عند الامام (وعندهما انما يجب) العشر (فيما يبقى سنة) بلا معالجة كثيرة فلا شئ في مثل الخوخ والكمثرى والتفاح والمشمش والثوم والبصل وان كان مما يبقى فان كان مما يوسق كالتمر والعنب والرمان والعناب والتين والحنطة والشعير فلا شئ فيه الا (اذا بلغ خمسة اوسق) فصار الخلاف في موضعين لهما في الاول قول النبي عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة وفي الثاني ليس في الخضروات صدقة وله عموم قوله تعالى انفقوا من طيبات ما كسبتم ومما اخرجنا لكم من الارض والحديث فيما سقته السماء العشر وتأويل مرويهما ان المنفي زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق كانت يومئذ اربعين درهما ولهذا لم يقل ليس فيما دون خمسة اوسق عشر وحديث الخضروات اسناده ليس بصحيح كما قال الترمذي (والوسق) بفتح الواو ويروى بكسرها حمل البعير (ستون صاعا) بصاع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فخمسة اوسق الف ومائتا من لان كل صاع اربعة امنان قال شمس الائمة الحلواني هذا قول اهل الكوفة وقال اهل البصرة الوسق ثلاث مائة من كما في العناية (و) ان كان مما يبقى (ما لا يوسق) كالقطن والزعفران والسكر (فاذا بلغت قيمته) اى قيمة ما لا يوسق (خمسة اوسق من ادنى ما يوسق) من نحو الدخن يجب العشر (عند ابي يوسف) لانه لما لم يكن فيه التقدير الشرعي اعتبر بالقيمة كما في عروض التجارة واعتبر ادناه لنفع الفقير (وعند محمد) يجب العشر فيما لا يوسق (اذا بلغ خمسة امثال من اعلى ما يقدر به نوعه) لان التقدير بالوسق فيما يوسق كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به نوعه لانه يقدر اولا بالصاع ثم بالكيل ثم بالوسق فكان الوسق اقصى ما يقدر من معياره كما في العناية (فاعتبر في القطن خمسة احمال وفي الزعفران خمسة امنان) لان ذلك اعلى ما يقدر به كل منهما لان اقصى ما يقدر به في القطن الحمل لانه يقدر اولا بالاساتير ثم بالامنان ثم بالاحمال وفي الزعفران المن لانه يقدر اولا بالسنجات ثم بالاساتير ثم بالامنان والحمل ثلاث مائة من والمن رطلان والرطل مائة وثلاثون درهما وهي عشرون استارا بكسر الهمزة ستة دراهم ونصف واذا لم تبلغ كل نوع من الحبوب خمسة اوسق لا يضم عند محمد ويضم عند ابي يوسف واذا بلغ خمسة اوسق يجب العشر فيؤدى من كل نوع حصته وعنه انما يدرك في وقت واحد كالحنطة والشعير يضم والا فلا كما في المحيط (ولا شئ في الحطب وقصب فارسي وحشيش) لانه لا يقصد بهما استغلال الارض غالبا فلو اتخذها مشجرة او مقصبة او منبتا للحشيش ففيه العشر وقيد بالفارسي لان قصب السكر وقصب الذريرة فيهما العشر وسمي بالذريرة لانها تجعل ذرة ذرة وتلقى في الدواء واجوده ياقوتي اللون وهو من افضل الادوية تطرح في النار مع دهن ورد وخل وينفع من اورام المعدة والكبد مع العسل ومن الاستسقاء ضمادا (و) لا شئ في (تبن وسعف) بفتحتين ورق نخل وكذا كل حب لا يصلح للزراعة كبذر البطيخ والقثاء وكذا كل ما يخرج من الشجر كالصمغ والقطران لانه لا يقصد به الاستغلال ويجب في القرطم والحبة والكتان وبزره ولا شئ في الاشنان والخطمي وبزره (و) يجب (فيما سقي) الخارج اكثر الحول او نصفه نظرا للفقراء عند الامام كما في اكثر الكتب لكن قال شمس الائمة السرخسي هذا ليس بقوي لان الشرع اوجب الخمس في الغنائم والمؤنة فيها اكثر منه في الزراعة ولكن هذا تقدير شرعي وفي النهاية وجوب ثلاثة ارباع العشر وعندهما لا الا ان يكون المسقي بغرب او دالية مما يبقى سنة ويكون خمسة اوسق (بغرب) بفتح الغين المعجمة

وسكون الراء المهملة الدلو العظيمة يديرها البقر (اودالية) دولاب يديره البقر وفي المغرب مايديره البقر من جذع طويل يركب تركيب مداق الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة (اوسانية) هي الناقة التي يستقى عليها (نصف العشر قبل رفع مؤن الزرع) بضم الميم وفتح الهمزة جمع المؤنة وهي الثقل والمعنى بلا اخراج ماصرف له من نفقة العمال والبقر وكري الانهار وغيرها مما يحتاج اليه في الزرع لاطلاق قوله عليه الصلوة والسلام فيما سقته السماء العشر وفيما سقي بالسانية نصف العشر ولانه عليه الصلاة والسلام حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤن فلا معنى لرفعها هذا قيد لمجموع العشر ونصفه كما لا يخفى وفي الخلاصة ولو جعل السلطان العشر لصاحب الارض لايجوز ولو جعل الخراج له جاز عند ابي يوسف وعليه الفتوى اذا كان من اهل الخراج وقال محمد لايجوز (و)يجب (في العسل العشر قل اوكثر) عند الامام خلافا للشافعي في قوله الجديد ومالك قاساه على الابريسم قلنا العسل منصوص ولانه يتناول الثمار والانوار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود القز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها كما في اكثر الكتب لكن في قوله وفيهما العشر كلام لانه لاعشر في الانوار وكذا في قوله يتولد منهما فتدبر (اذا اخذ من جبل) عشري احتراز عما في الخزانة ان لاشيء في جبل في رواية (اوارض عشرية)لاخراجية اذ لاشيء فيها لئلا يجتمع العشر والخراج في ارض واحدة (وعند محمد اذا بلغ خمسة افراق) يجب العشر لان اعلى مايقدر به العسل الفرق (والفرق ستة وثلاثون رطلا) قال المطرزي الفرق بفتحتين اناء يأخذ ستة عشر رطلا وقال الازهري والمحدثون على السكون وكلام العرب على التحريك (وعند ابي يوسف اذا بلغ عشر قرب) كل قربة خمسون منا لقوله عليه الصلاة والسلام من كل عشر قرب قربة وعنه انه معتبر كما هو اصله وعنه خمسة امناء كما في الهداية (ويؤخذ عشران من ارض عشرية لتغلبي) عند الشيخين (وعند محمد عشر واحد ان كان اشتراها من مسلم) لان وظيفة الارض لاتتغير بتغير المالك عنده (ولو اشتراها منه) اي من التغلبي (ذمي اخذ منه) اي من الذمي (العشران) اصليا كان التضعيف او حادثا بان اشتراها من مسلم تغلبي (وكذا لو اشتراها منه مسلم او اسلم هو) اي التغلبي فانه يؤخذ منه العشران لان التضعيف صار وظيفة الارض فيبقى بعد اسلامه كالخراج (خلافا لابي يوسف) اي رد الواجب في المسئلتين الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف وهو الكفر (وقيل محمد معه) والاصح انه مع الامام في بقاء التضعيف الاصلي لان التضعيف الحادث لايتصور عند محمد في الصحيح كما في الكافي (وعلى المرأة والصبي منهم) اي من بني تغلب (ماعلى الرجل) منهم وهو العشر المضاعف في العشرية والخراج في الخراجية (ولو اشترى ذمي) غير تغلبي (عشرية مسلم)وقبضها بلا مانع كما في الهداية (فعليه الخراج) عند الامام لان في العشر معنى العبادة والكفر ينافيها ولا وجه الى التضعيف بخلاف الخراج لانه عقوبة وعند ابي يوسف يؤخذ العشر مضاعفا ويصرف مصرف الخراج (وعند محمد تبقى على حالها) لانه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات وفي رواية مصارف الخراج كما في الهداية (وان اخذها) اي الارض (منه) اي من الذمي (مسلم بشفعة اوردت على البائع بفساد البيع عاد العشر)قال صاحب الدرر ويجب العشر على مسلم اخذها منه شفعة اوردت عليه لفساد البيع اوخيار الشرط اوالرؤية اوالعيب بقضاء بقوله ردت يعني اذا اشترى ذمي من مسلم عشرية ثم اخذها مسلم بالشفعة اوردت عليه لفساد البيع او بخيار ما عادت عشرية كما كانت انتهى لكن الاولى ان يقول متعلق بقوله اوالعيب لانه يستلزم اشتراط القضاء بجميعها ولايشترط الا في العيب لان الرد بالعيب كان فسخا اذا كان بالقضاء لان للقاضي ولاية الفسخ فاذا كان بغير قضاء كان اقالة وهو بيع في حق غيرهما فصار شراء من الذمي فتنقل اليه بما فيها من الوظيفة (وفي دار جعلت بستانا) البستان

كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار ولولم يجعلها بستانا بل ابقاها دارا ولكن فيها نخيل لاشئ فيها سواء كان مسلما اوذميا (خراج ان كانت) الدار (لذمى) سواء سقاه بماء الخراج اوالعشر لان الخراج اليق بالذمى وعلى قياس قولهما يجب العشر فى الماء العشرى الا ان عند محمد عشر اواحدا وعند ابى يوسف عشرين كما فى الهداية (اولمسلم سقاها بمائه) اى الخراج ففيه الخراج (فان سقاها بماء العشر فعشر) ولوان المسلم اوالذمى سقاه مرة بماء العشر ومرة بماء الخراج فالمسلم احق بالعشر والذمى احق بالخراج كما فى المعراج واستشكل فى ايجاب الخراج على المسلم ابتداء حتى قال السرخسى ان عليه العشر بكل حال لكن يمكن ان يجاب بان الممنوع وضع الخراج عليه جبرا امّا باختياره فيجوز وقد اختاره هنا حيث سقاه بماء الخراج كما فى البحر (ولاشئ فى الدار ولولذمى) لان عمر رضى الله تعالى عنه قال المساكن عفو (وماء السماء) اى ماء الانهار والبحار الواقعة فى ارض عشرية (و) ماء (البئر) المحفورة فيها (والعين) الواقعة فيها (عشرى) اى منسوب الى العشر فانه حصل منه فما كان منها فى ارض خراجية فخراجى ولوانقطع عن الارض الخراجية ماء الخراج ثم سقيت بماء العشر صارت عشرية ولوانعكس صارت خراجية كما فى القهستانى (وماء انهار) جمع نهر بالسكون اوالفتح مجرى الماء (حفرها) من مال الخراج (العجم) اى اسم جمع واللام للعهد اى بعض ملوكهم كشداديان وكيانيان واشكانيان وساسانيان وآخرهم يزدجرد (خراجى) اى منسوب الى الخراج وان كان اصل بعضها من ماء فيه خلاف كنهر الملك وكذا ماء بئر حفرت فيها وعين تظهر فيها (وكذا) اى خراجى ماء (سيحون) نهر خجند اوالترك اوالهند (و) ماء (جيحون) نهر بلخ اوترمذ (و) ماء (دجلة) نهر بغداد (والفرات) نهر الكوفة اوالعراق وكذا النيل وعن ابى هريرة رضى الله عنه سيحان وجيحان والفرات والنيل كل من انهار الجنة (عند ابى يوسف) لانه تتخذ عليها القناطر من السفن وهو يدل عليها (خلافا لمحمد) فان هذه الانهار عشرى عنده لانه لايحميها احد واتخاذ القناطر عليها نادر فصارت كالبحار والحاصل ان الماء الخراجى هو الماء الذى كان فى ايدى الكفره ثم صار فى ايدى المسلمين سواء اقر اهله عليه اولا والعشرى ماعدا ذلك (وليس فى عين قير) وهو الزفت والقار لغة فيه (والنفط) بالفتح والكسر وهو افصح دهن يعلوا الماء وكذا الملح (فى ارض عشرى شئ) مطلقا سواء كانت العين فى ارض عشرية اوخراجية لانهما ليسا من انزال الارض وانما هما عينان فوارتان كعين الماء (وان كانت) عين قير اونفط (فى ارض خراج ففى حريمها الصالح للزراعة الخراج) قيد بكون الحريم الصالح للزراعة من ارض الخراج لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة حتى لوكان الحريم عشريا وزرعه وجب العشر فيما يخرج وان لم يزرعه لاشئ عليه (لافيها) اى عين قير اونفط هذا احترازعما قيل فى هاتين العينين ايضا خراج بان تمسح العين ايضا تبعا اذا كان حريمها يصلح للزراعة وهو اختيار بعض المشايخ وبهذا ظهر ضعف ما قيل وفى بعض نسخ المتن لم يذكر قوله لافيها وهو انسب اذ لا حاجة اليه (ولايجتمع عشر وخراج فى ارض واحدة) لقوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع فى ارض مسلم عشر وخراج وعند الشافعى يجتمع فيؤخذ من الخارج عشر ومن الارض خراج وفى المحيط يؤخذ العشر عند ظهور الثمر عند الامام وعند ابى يوسف وقت الادراك وعند محمد عند استحكامه وثمرة الخلاف فى وجوب الضمان بالاتلاف ولايحل لصاحب الارض اكل غلتها قبل اداء خراجها كما فى الخانية وفى موضع آخر فيها ولايأكل من طعام العشر حتى يؤدى العشر وان اكل ضمن ومن عليه عشر اوخراج ومات اخذ من تركته وفى رواية عن الامام يسقط ذلك بالموت ومن عليه الخراج اذا منع الخراج سنين لايؤخذ لما مضى فى قول الامام لكن الفتوى اليوم خلافه اذا ادركت الغلة كان للسلطان حبسها حتى يستوفى الخراج

﴿ باب ﴾

في بيان احكام (المصرف) لما ذكر ابواب الزكوة على تعدادها فلا بد لها من المصارف والمصرف في اللغة المعدل اطلقه ليتناول الزكوة والعشر والاصل في هذا قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الاية انما لحصر الشئ في الحكم كقولك انما زيد المنطلق ولحصر الحكم في الشئ كقولك انما المنطلق زيد لان كلمة ان للاثبات وما للنفي فيقتضي قصر جنس الصدقات على الاصناف المعدودة وانها مختصة بها لا يتجاوزها الى غيرها كانه قيل انما هي لهم لا لغيرهم وعدل عن اللام الى في في الاربعة الاخيرة ليؤذن انهم ارسخ في استحقاق التصدق عليهم ممن سبق ذكره لان في للوعاء وتكرير في في قوله وفي سبيل الله وابن السبيل يؤذن بفضل ترجيح لهذين على الرقاب والغارمين كما في الكشاف ثم المذكور ثمانية اصناف وقد سقطت منهم المؤلفة قلوبهم ووجه السقوط بين في المطولات فليراجع (هو) اى المصروف (الفقير وهو من له شئ دون نصاب) فيجوز الدفع له ولو كان صحيحا مكتسبا كما في العناية وقال الشافعي لا يجوز دفع الزكوة الى الفقير الكسوب وما في المعراج من انه لا يطيب الاخذ لانه لا يلزم من جواز الدفع جواز الاخذ كظن الغنى فقير ليس بسديد لان في اكثر المعتبرات جواز اخذها لمن ملك اقل من النصاب لا يجوز دفعها لكن عدم الاخذ اولى لمن له سداد من عيش كما في البحر (والمسكين) مفعيل بكسر الميم وفتحها في لغة بني اسد من السكون لانه يسكن قلبه على الناس ثم فسر معناه الشرعي والعرفي فقال (من لا شئ له) وهو اسوء حالا من الفقير عندنا قال الشاعر *اما الفقير الذي كانت حلوبته *وفق العيال فلم يترك له سبد* سماه فقيرا وله حلوبة (وقيل بالعكس) يعني الفقير من لا شئ له والمسكين هو من له شئ دون نصاب وهو مذهب الشافعي ورواية عن الامام ولكل وجه لكن الاول هو الاصح وهو المذهب ولا خلاف في انهما صنفان هو الصحيح لان العطف في الاية يقتضي المغايرة وعن ابي يوسف انهما صنف واحد وتظهر الثمرة في الوقف والوصية لا في الزكوة (والعامل) هو الذي يبعثه الامام لجباية الصدقات عبر بالعامل دون العاشر ليشمل الساعي (يعطى بقدر عمله) ما يكفيه واعوانه بالوسط مدة ذهابهم وايابهم غير مقدر بالثمن فان استغرقت كفايته الزكوة فلا يزاد على النصف لان التنصيف عين الانصاف ولو هلك بجمعه لا يستحق شيئا وقال الشافعي وهو مقدر بالثمن (ولو كان (غنيا) لا هاشميا لما فيه شبهة الصدقة والاجرة ولو استعمل فيها الهاشمي ورزق من غير الزكوة لا بأس به وجوز الطحاوي ان يكون الهاشمي عاملا وانما حلت للغني مع حرمة الصدقة عليه لانه فرغ نفسه لهذا العمل فيستحق كفايته في مالهم وهذا التعليل يقوي ما نسب الى بعض الفتاوى من ان طالب العلم يجوز له ان يأخذ مال الزكوة وان كان غنيا اذا فرغ نفسه لافادة العلم واستفادته لكونه عاجزا عن الكسب والحاجة داعية الى ما لا بد منه كالقاضي والمفتي ويعمل للفقراء من وجه لانه كالنائب بعد الوجوب فاستوجب اجرا عليهم فصار ما استحقه صدقة من وجه اجرة من وجه (والمكاتب) عطف على الفقير اى مكاتب غيره ولو مولاه غنيا هو الصحيح وقالوا لا يجوز دفعها الى مكاتب هاشمي كما في الاختيار (يعان في فك رقبته) يعني به معاونة المكاتب على اداء بدل الكتابة وهو المراد بقوله تعالى وفي الرقاب (ومديون) والمراد من عليه الدين من اي جهة كان ولا يجد قضاءه وتقديمه على الفقير اولى من حيث انه اولى منه بالدفع كما في القهستاني لكن وجه التقديم موافقته للنظم الكريم تدبر وهو المراد بالغارمين والغرامة في اصل اللغة اللزوم وقال الشافعي الغارم من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين (لا يملك نصابا فاضلا عن دينه) اى عما يحتاج اليه فيدخل فيه من هو مصرف بلا خلاف من مديونه لك قوت شهر يساوي قيمته نصابا فاضلا عن دينه كما في القهستاني وفي الاصلاح لم يقل فاضلا عن دينه لان ملك النصاب لا يكون الا كذلك لكن النصاب في اللغة ما ثادرهم مثلا ولهذا قيده تدبر (ومنقطع الغزاة) اى الذي عجزوا عن اللحوق بجيش الاسلام لفقرهم بحل لهم

الصدقة وان كانوا كاسبين اذا الكسب يقعدهم عن الجهاد كما في القهستاني (عند ابي يوسف) وفي رواية عن محمد وهو الصحيح وهو المراد بفي سبيل الله (و) منقطع (الحج عند محمد ان كان) المنقطع (فقيرا) فان قيل هذا مكرر لانه اما ان يكون له في وطنه مال اولا فان كان فهو ابن السبيل وان لم يكن فهو فقير اجيب بانه فقير الا انه زاد عليه بالانقطاع في عبادة الله تعالى فكان مغايرا للفقير المطلق الخالي عن هذا القيد وفي الفتح ولا يشكل ان الخلاف فيه لا يوجب خلافا في الحكم للاتفاق على انه انما يعطى الاصناف كلهم سوى العامل بشرط الفقر فمنقطع الحاج يعطى اتفاقا (ومن له مال في وطنه لامعه) وهو المراد من ابن السبيل فكل من يكون مسافرا على الطريق يسمى ابن السبيل كما يسمى ابن الفقير للفقير كما في المبسوط والاولى ان يستقرض عليه ان قدر عليه في بلده والحق به كل من هو غائب عن ماله وان كان في بلده ولا يلزم ان يتصدق بما فضل في يده عند قدرته على ماله كالفقير اذا استغنى والمكاتب اذا عجز كما في الفتح (ويجوز دفعها) اي الزكوة (الى كلهم) اي الى جميع الاصناف السبعة (والى بعضهم) ولو شخصا واحدا من اي صنف كان عندنا لان المراد من الآية بيان الاصناف التي يجوز الدفع اليهم لا تعيين الدفع لهم كما في عامة المعتبرات وبهذا ظهر خلل عبارة الكنز لانه قال فيدفع الى كلهم او الى صنف تدبر وقال الشافعي لا يجوز الا ان تصرف الى ثلثة من كل صنف لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق واقل الجمع ثلثة وان كان محلى باللام لان الجنس هنا غير ممكن ففيه الاستغراق فتبقى الجمعية على حالها قلنا حقيقة اللام الاختصاص الذي هو المعنى الكلي الثابت في ضمن الخصوصيات من الملك والاستحقاق وقد يكون مجردا فحاصل الاضافة الصدقات العام الشامل لكل صدقة منصرف الى الاصناف العام كل منها الشامل لكل فرد فرد بمعنى انهم اجمعين اخص بها كلها وهذا لا يقتضي لزوم كل صدقة واحدة تنقسم على افراد كل صنف غير انه استحال ذلك فلزم اقل الجمع منه بل ان الصدقات كلها للجميع اعم من كون كل صدقة صادقة لكل فرد فرد لو امكن او كل صدقة جزئية لطائفة او لواحد كما في الفتح وقال صدر الشريعة ونحن نقول اذا دخل اللام على الجمع ولا يمكن حملها على المعهود ولا على الاستغراق يراد بها الجنس وتبطل الجمعية كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وهنا لا يراد العهد لانه لا قرينة للعهد في الآية والاستغراق لانه لو اريد هذا فلا بد ان يراد ان جميع الصدقات التي في الدنيا بجميع الفقراء الى آخره فلا يجوز ان يحرم واحد وليس هذا في وسع احد انتهى واعترض صاحب الفرائد فقال لا يجب ان يحمل مثله على الاستغراق الحقيقي بل على الاستغراق العرفي على طريقة جمع الامير الصاغة اي صاغة بلده وعدم كونه في وسع احد غير مسلم انتهى اقول ان تقدير اللام ان جميع الصدقات التي في البلد بجميع الفقراء فيه ايضا فيلزم هذا المحذور خصوصا في البلد الكبير تدبر (ولا تدفع) الزكوة (لبناء مسجد) لان التمليك شرط فيها ولم يوجد وكذا بناء القناطير واصلاح الطرقات وكرى الانهار والحج والجهاد وكل ما لا تمليك فيه وان اريد الصرف الى هذه الوجوه صرف الى الفقير ثم يأمر بالصرف اليها فيثاب المزكي والفقير ولا يصرف الى مجنون وصبي غير مراهق الا اذا قبض لهما من يجوز له قبضه كالاب والوصي ويصرف الى مراهق يعقل الاخذ كما في المحيط ولو اكل من في عياله ناويا الزكوة او الفطرة جاز عند ابي يوسف خلافا لمحمد وعليه الفتوى كما في القهستاني (او لتكفين ميت) لعدم التمليك (او قضاء دينه) اي الميت الفقير بامره او بغير امره لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه بخلاف دين الحي بامره ان كان فقيرا كانه تصدق على الغريم فيكون القابض كالوكيل في قبض الصدقة (او ثمن قن يعتق) اي لا يشترى بها رقبة تعتق لانعدام التمليك (و) لا تدفع (الى ذمي) لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ رضي الله تعالى عنه خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم وضمير الجمع للمسلمين

لوجوب الزكوة عليهم ولا يلزم زيادة على النص وهو قوله تعالى انما الصدقات للفقراء بخبر الواحد لان هذا الحديث مشهور ولئن كان خبرا واحدا فالعام خص منه الحربي الفقير بالاجماع مستندين الى قوله تعالى انما ينهيكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين فجاز تخصيصه بعد بخبر الواحد كما حقق في موضعه وكذا لا يصرف الى المرتد وينبغي ان لا يصرف الى من يكفر من المبتدعة كما في القهستاني وقال زفر الاسلام ليس بشرط (وصح غيرها) من قبيل الاستخدام اى غير الزكوة من الفطر والكفارة والنذر والتطوع الى الذمي وقال الشافعي لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف ولو قال وغير العشر والخراج لكان اولى لانهما لا يدفعان اليه ايضا اتدبر (ولا) تدفع (الى غني) خلافا للشافعي في اغنياء الغزاة اذا لم يكن لهم شيء في الديوان ولم يأخذوا من الفيء (يملك نصابا من اى مال كان) سواء كان من النقود او السوائم او العروض وهو فاضل عن حوائجه الاصلية كالدين في النقود والاحتياج في الاستعمال في امر المعاش في غيرها بلا اشتراط النماء حتى لو كان له كتاب مكرر بحسب احدهما من النصاب ولو كان له داران يسكن في احدهما ولا يسكن في الاخرى يعتبر قيمة الثانية سواء يوجرها اولا وقال محمد ان كان يصرف اجرتها الى قوته وقوت عياله لا يعتبر قيمتها كما في العناية وابن ملك والظاهر ان من ملك نصاب سائمة كخمس من الابل لا يجوز دفع الزكوة له سواء كانت تساوي مائتي درهم اولا كما في البحر والمنح ليس الامر كما قال لان قول العناية سواء كان الخ مفيد تقدير النصاب بالقيمة سواء كان من العروض او السوائم لما ان العروض ليس نصابها الا ما تبلغ قيمتها مائتي درهم وقد قال المرغيناني اذا كان له خمس من الابل سائمة قيمتها اقل من مائتي درهم تحل له الزكوة وتجب عليه شاة وفي الجوهرة الغني هو من يملك نصابا من النقدين او ما قيمته نصاب وفي القهستاني الفقير من له دون النصاب اى غير ما يبلغ نصابا قدر مائتي درهم او قيمتها وبهذا ظهر ان المعتبر نصاب النقد من اى مال كان بلغ نصابا اى من جنسه او لم يبلغ كما في نظم الوهبانية وشرحه له وفي شرحه لابن الشحنة وفي السراج الوهاج وقد نص على اعتبار القيمة في اكثر المعتبرات لقوله عليه الصلوة والسلام لا يحل الصدقة لغني قيل وما الغني يا رسول الله قال له مائتا درهم والعجب ان صاحب البحر ذكر في الاشباه خلافه فليتأمل وفي المحيط الغنى ثلثة انواع غنى يوجب الزكوة وهو ملك نصاب حولي نام وغنى يحرم الصدقة ويوجب صدقة الفطر والاضحية وهو من ملك ما يبلغ قيمة نصاب وغنى يحرم السؤال دون الصدقة وهو ان يكون له قوت يومه وما يستر عورته (او عبده) اى غني لان الملك يقع لمولاه وكذا المدبر وام الولد والمراد بالعبد الغير المديون المستغرق لما في يده ورقبته ولو كان جاز دفعها عند الامام خلافا لهما (او طفله) لانه يعد غنيا بغناء ابيه عرفا ولا يخفى ان في الاضافة اشارة الى جواز الصرف الى طفل الفقير (بخلاف ولده الكبير) وان كانت نفقته على الاب الغني لانه لا يعد غنيا بغنائه (وامرأته ان كانا فقيرين) فيجوز الدفع لهما وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف لا يجوز دفعها الى امرأة الغني كابنه (ولا) تدفع (الى هاشمي من آل علي او عباس او جعفر او عقيل) بفتح العين (او الحارث بن عبد المطلب ولو كان عاملا عليها) اى على الزكوة لقوله عليه الصلاة والسلام ان هذه الصدقات انما هي اوساخ الناس وانها لا تحل لمحمد ولا آل محمد والعباس والحارث ابنا عبد المطلب وعلي وجعفر وعقيل اولاد ابي طالب رضي الله تعالى عنهم وفائدة التخصيص بهؤلاء انه يجوز الدفع الى من عداهم من بني هاشم كذرية ابي لهب كما في الجوهرة وهو ظاهر الرواية وروى ابو عصمة عن الامام انه يجوز الدفع لبني هاشم زمانه لان في عوضها خمس الخمس ولم يصل اليهم وروى ان الهاشمي يجوز له دفع زكوته الى هاشمي مثله (قيل بخلاف التطوع) يعني اختلفوا فيما يمنع قال بعضهم من الصدقات الواجبة كالزكوة والنذور والكفارات واما التطوعات فيجوز صرفها اليهم وفي النهاية نقلا عن العتابي اما جواز

النفل فبالاجماع وتبعه صاحب المعراج واختاره في المحيط مقتصرا وعزاه الى النوادر ومشى عليه الاقطع واختاره في غاية البيان وكان هو المذهب كما في البحر وجزم به صاحب الدرر ولم يحك خلافا ولم يشعر به لكن اثبت الشارح الزيلعي الخلاف في التطوع على وجه يشعر بترجيح الحرمة وقواه المحقق في الفتح من جهة الدليل لاطلاقه ولهذا اورد المصنف بصيغة التمريض وعن الامام لا بأس في صرف الكل اليهم وعنه جواز دفع الزكوة اليهم وفي الآثار وعن الامام روايتان وبالجواز نأخذ لان الحرمة مخصوصة بزمانه عليه الصلوة والسلام وقد سوى صاحب الكافي بين التطوع والوقف وقيده في بعض المعتبرات بما اذا سماهم في الوقف يجوز اما اذا لم يسمهم فلا فانها صدقة واجبة (ومواليهم) اى معتق بني هاشم (مثلهم) اى مثل بني هاشم في عدم جواز دفعها اليهم لقوله عليه الصلوة والسلام مولى القوم منهم (ولا يدفع المزكى زكوته الى اصله وان علا او فرعه وان سفل) سواء كان بالنكاح او السفاح لان المانع بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال (او) الى (زوجته) بالاتفاق (وكذا لا تدفع) المرأة (الى زوجها) ولو معتدة من باين او ثلث عند الامام (خلافا لهما) لقوله عليه الصلاة والسلام لك اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وقد سألته عن التصدق قلنا هو محمول على النافلة للاشتراك في المنافع (ولا الى عبده او مكاتبه او مدبره او ام ولده) لان كسبهم للسيد وله حق في كسب مكاتبه حتى انه لو تزوج جارية مكاتبه لم يجز كما لو تزوج جارية نفسه كما في الجوهرة (وكذا عبده المعتق بعضه) لانه بمنزلة المكاتب او وجوب السعاية عليه فيما لم يعتق لتجزى الاعتاق عند الامام (خلافا لهما) لعدم تجزى الاعتاق عندهما فاعتاق بعضه اعتاق كله فيصير حرا فيجوز الدفع اليه هذا اذا كان العبد كله لمعتق البعض فلو بين اثنين فاعتق احدهما حصته وهو معسر واختار الساكت الاستسعاء فللمعتق الدفع لانه مكاتب لشريكه وليس للساكت الدفع لانه مكاتبه وان كان المعتق موسرا واختار الساكت تضمينه فللساكت الدفع لانه اجنبي عنه وليس للمعتق الدفع اذا اختار استسعاءه لانه مكاتبه لما انه بالضمان مخير بين اعتاق الباقي او الاستسعاء كما في النهر (ولو دفع) المزكى (الى من ظنه مصرفا فبان انه غني او هاشمي) على الصحيح عند الامام (او كافر) المراد بالكافر ما كان ذميا اما لو ظهر حربيا او مستأمنا لا تجوز كما في الجوهرة والبحر (او ابوه او ابنه اجزأه) عند الطرفين (خلافا لابي يوسف) لان خطأه ظهر بيقين فصار كما لو توضأ بماء ثم تبين انه كان نجسا يعيد صلوته ولهما انه اداها باجتهاده فيصح وان اخطأ كالصلاة عند اشتباه القبلة وهذا اذا تحرى اما اذا شك فلم يتحر او تحرى فظن انه ليس بمصرف فلم يجزه ولو علم انه فقير اجزأه على الصحيح (ولو بان انه عبده او مكاتبه لا يجزئ) لانه لم يخرج عن ملكه خروجا صحيحا وهذا بالاجماع كما في الاختيار (وندب دفع) مقدار (ما يغني) المدفوع اليه (عن السؤال يومه) اى يوم الدفع ولو اطلق لكان اخصر لان في ذلك صيانة عن ذل السؤال لكن قيده به لان الاغناء مطلقا مكروه (وكره دفع نصاب او اكثر) ولو تركنا او اكثر لكان اخصر لانه قد حصلت بدون الكراهة (الى فقير غير مديون) فان كان عليه دين يجوز ان يعطيه قدر ما يقضي دينه وزيادة دون مائتين وكذا اذا كان له عيال لا بأس بان يعطي قدر ما لو قسم ما دفع اليه نصيب الواحد اقل من النصاب وفي الفتح والاوجه ان ينظر الى ما يقتضيه الحال في كل فقير من عيال وحاجة اخرى كدهن وثوب وكراء منزل وغير ذلك فان عليه الصلاة والسلام اذا تصدقتم فاغنوهم ولهذا قالوا من اراد ان يتصدق بدرهم فاشترى به فلوسا ففرقها فقد قصر في امر الصدقة (و) كره (نقلها) اى الزكوة بعد تمام الحول (من بلد الى بلد آخر) غير البلد الذي فيه المال وان كان المزكى في بلد والمال في بلد آخر فالمعتبر مكان المال لا المالك بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر عند محمد مكان المؤدي وهو الاصح خلافا لابي يوسف (الا) ان ينقلها (الى قريبه) اى المزكى فلا يكره من الصلة

قال ابو حفص الكبير لاتقبل صدقته وقرابته محاويج حتى يبدأ بهم قالوا الافضل صرف الصدقة الى اخوته ذكورا واناثا ثم الى اولادهم ثم الى اعمامه ثم الى اولادهم نازلين ثم الى اخواله ثم الى ذوى الارحام ثم الى جيرانه ثم الى اهل سكته ثم الى اهل مصره والمراد من ذوى الارحام بعد ذكر اخواله ذو رحم ابعد مما ذكر قبله (او) شخص (احوج من اهل بلده) لدفع شدة الحاجة وهذا اذا لم يكن فقراء غير البلدة اورع او انفع بتعليم الشرايع وتعلمها والا فلا يكره ولو مكث مسلم فى دار الحرب سنين بامان فعليه الزكوة فى ماله يفتى باداتها الى من يسكن دار الاسلام وان وجد مصرفا فى دار الحرب (ولا يسأل من له قوت يومه) من الغداء والعشاء ويجوز معه سؤال الجبة والكساء عند الاحتياج

﴿ باب صدقة الفطر ﴾

من قبيل اضافة الحكم الى شرطه كما فى حجة الاسلام وهى مجاز والحقيقة اضافة الحكم الى سببه كما فى حج البيت ومناسبتها للزكوة لانها عبادة مالية والتقديم على الصوم جائز والمقصود هو المضاف لا المضاف اليه الا ان الزكوة ارفع درجة منها لثبوتها بالنص القاطع فقدمت عليها وذكر فى المبسوط عقيب الصوم على اعتبار الترتيب الطبيعى اذ هى بعد الصوم طبعا كما فى الجوهرة والفطر لفظ اسلامى اصطلح عليه الفقهاء كانه من الفطرة التى هى الخلقة وزنا ومعنى كما فى اكثر الكتب لكن يجوز ان يكون من الفطر بمعنى الافطار لانه تشريف هذا اليوم والصدقة تتعلق به (هى واجبة) وجوبا موسعا فى العمر كالزكاة على الصحيح كما فى البحر معللا بان الامر بادائها مطلق عن الوقت فلا يضيق وقيل مضيقا فى يوم الفطر عينا اراد بالوجوب المصطلح عليه عندنا وهو ما ثبت بدليل فيه شبهة حتى لا يكفر جاحده قالوا وفى صدقة الفطر ثلثة اشياء قبول الصوم والفلاح والنجاة من سكرات الموت وعذاب القبر وقال الشافعى هى فريضة (على الحر المسلم) فتجب على المسافر ولا تجب على العبد بل على سيده لاجله ولا على الكافر فانه ليس من اهل العبادة (المالك لنصاب فاضل عن حوائجه الاصلية) فيعتبر ما زاد على الكفاية له ولعياله (وان لم يكن) النصاب (ناميا) كدار لا تكون للسكنى ولا للتجارة ولو كان له دار واحدة يسكنها وفضلت عن سكناه يعتبر الفاضل ان كانت قيمته نصابا وكذا ما فضل عن الثلثة من الثياب للشتاء والصيف وعن فرسين للغازى فرس وحمار للغير وعن نسخة واحدة من مصنف من كتب الفقه لاهلها واثنين من التفسير والحديث والواحد من المصاحف وفى الخلاصة لو كانت له كتب ان كانت كتب الطب والنجوم والادب يعتبر نصابا ولا يخالف ما فى الزكوة لان فى هذه المسئلة روايتين فتى فى باب الزكوة على رواية وفى باب الفطر على اخرى ولو كانت له دور وحوانيت للغلة وهى لا تكفى عياله فهو من الفقراء على قول محمد خلافا لابى يوسف وعلى هذا الكرم والارض ولا يعتبر ما قيمته نصاب من قوت شهر بلا خلاف عندنا وقال الشافعى تجب على كل من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله (وبه) اى بهذا النصاب (تحرم) على مالكه (الصدقة) اى الزكوة والعشر والفطر وغيرها (وتجب الاضحية) فى ظاهر الرواية وكذا تجب عليه نفقة القريب (عن نفسه) متعلق بواجبة وان لم يصم لمانع لان السبب هو الرأس (وولده الصغير الفقير) فلو زوج ابنته الصغيرة من رجل وسلمها اليه لم تجب عليه ولو كان له آباء فعلى كل فطرة كاملة عند ابى يوسف وقال محمد عليهم صدقة واحدة ولو كان احد الاباء موسرا دون الباقين فعليه صدقة تامة عندهما ولا تجب عليه فطرة ولد ولده فى ظاهر الرواية (وعبده للخدمة ولو كان) العبد (كافرا) او مأذونا او جانيا عمدا او خطأ وعند الشافعى لا لو كافرا (وكذا مدبره وام ولده) وكذا اذا كان فى يد غيره باجارة او اعارة او وديعة او رهن (لا عن زوجته) عطف على نفسه خلافا للشافعى (وولده الكبير) ولو فى عياله فى ظاهر الرواية لكن لو ادى لهما بغير امرهما جاز ولا يؤدى لغير عياله الا بامره كما فى المحيط (و) لا عن (طفله الغنى)

لانعدام المؤنة (بل) تجب (من مال الطفل) عند الشيخين استحسانا خلافا لمحمد وزفر وهو القياس وعلى هذا الخلاف مما ليكه وفى اطلاقه اشارة الى جواز اداء وصى الاب او الجد عند عدمهما او وصى القاضى ولو لم يخرجها الولى او الوصى عنه وجب الاداء بعد بلوغه (والمجنون كالطفل) فتجب على الاب ان كان فقيرا وفى ماله ان كان غنيا عند الشيخين وقال محمد الامن ماله وعنه ان الكبير المجنون اذا بلغ مجنونا ففطرته على ابيه وان مفيقا ثم جن لا (ولا عن مكاتبه) ولو عجز لعدم الولاية ولا عليه لفقره (ولا عن عبيده للتجارة) للثنى اذ هى تجب عليه لا عن فن لقوله عليه الصلاة والسلام ادوا عمن يمونون اذ الامر يقتضى ان يجب على المخاطب فتجب فطرته على المولى وتجب زكوته عليه ايضا فلزم الثنى وعند الشافعى يجب الفطرة على العبد ثم يتحمله مولاه فلا ثنى عنده (ولا عن عبد آبق) لعدم الولاية والمؤنة (الا بعد عوده) لعود الولاية والمؤنة (ولا عن عبد او عبيد) مشتركة (بين الاثنين) عند الامام لقصور الولاية والمؤنة فى حق كل منهما وقال الباقانى ولو اكتفى بالثانية عن الاول لكان اولى لكن المصنف افرد بالذكر تفصيلا لمحل الخلاف كما هو دأب المؤلفين ففيه خلاف الائمة الثلثة لان عندهم يخرج منهما فى القدر المشترك بقدر الملك من الانصباء (وعندهما تجب على كل) واحد من الشريكين (فطرة ما يخصه من الرؤس) اى رؤس العبيد (دون الاشقاص) يعنى لو كان لهما عبد واحد لا يجب شئ ولو كان اثنين تجب على كل صدقة عبد واحد ولو كانوا ثلثة فكذا ولا يجب عن الثالث شئ ولو كانوا اربعة تجب على كل صدقة عبدين وعلى هذا وهذا بناء على انهما يريان قسمة الرقيق والامام لا يراها وقيل تجب لا عليهم بالاجماع والصحيح انه على الخلاف كما فى الكافى (ولو بيع) عبد (بخيار) والمراد بالخيار خيار الشرط لان المبيع لو رد بخيار عيب او رؤية قبل القبض ففطرته على البايع اتفاقا وان رده بعد القبض فعلى المشترى (فعلى من يتقرر الملك له) اى يتوقف وجوب صدقة فطر العبد المبيع بشرط الخيار لاحدهما او لهما واذا مر يوم الفطر والخيار باق تجب على من يصير العبد له فان تم البيع فعلى المشترى وان فسخ فعلى البايع عندنا وعند زفر على من له الخيار وعند الشافعى على من له الملك كالنفقة ولو كان البيع باتا ولم يقبضه حتى مر يوم الفطر فان قبضه بعد ذلك فعليه صدقة وان لم يقبضه حتى هلك عند البايع لم تجب على واحد منهما اتفاقا (وتجب) الفطرة (بطلوع) اى بعد طلوع (فجر يوم الفطر) اى وجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر الثانى من يوم الفطر تعلق وجوب الاداء بالشرط لا تعلقه بالسبب لان الفطر شرط والرأس سبب والمعنى وقت الوجوب ثبت بطلوع الفجر وقال الشافعى بغروب الشمس فى اليوم الاخير من رمضان (فمن مات قبله او اسلم او ولد بعده لا تجب فطرته) عندنا لعدم تحقق شرط وجوب الاداء (وصح تقديمها) على يوم الفطر لوجود السبب وهو رأس يمونه والوقت شرط وجوب الاداء والتعجيل بعد سبب الوجوب جائز كما فى الزكوة (بلا فرق بين مدة ومدة) ولو عشر سنين او اكثر هذا هو الصحيح المختار كما فى اكثر المعتبرات وقيل سنة او سنتين على الصحيح كما فى المضمرات وقيل جاز ان تؤدى فى رمضان وعليه الفتوى كما فى الظهيرية وقيل فى نصفه وقيل لا يجوز الا فى العشر الاخير وقيل بيوم او بيومين وقال الحسن لا يجوز تعجيلها اصلا كالاضحية (وندب اخراجها قبل صلاة العيد) بعد الطلوع لقوله عليه الصلوة والسلام من اداها قبل الصلاة فهى صدقة مقبولة وان اداها بعدها فهى صدقة من الصدقات و يجب دفع فطرة كل شخص الى مسكين واحد حتى لو فرقها بين اثنين او اكثر لم يجز خلافا للشافعى وقال فى المنح وهو المذهب والافضل ان يؤدى صدقة نفسه وعياله الى واحد و يجوز دفع ما يجب على جماعة الى مسكين واحد ولكن شرط عدم الوصول الى النصاب (ولا تسقط) صدقة الفطر (بالتأخير) ولا يكره التأخير وان طال وكان مؤديا لا قاضيا لكن فيه اساءة وعن

الحسن تسقط بمضي يوم الفطر وعنه بصلاة العيد (وهي) اى صدقة الفطر (نصف صاع من بر
اودقيقه اوسويقه) والمراد منهما مايتخذ من البرامادقيق الشعيراوسويقه فكالشعير والاولى
ان يراعى فيهما القدر والقيمة (اوصاع من تمر اوشعير) لقوله عليه الصلوة والسلام ادواعن
كل حروعبد صغير اوكبير نصف صاع من بر اوصاعا من تمر اوصاعا من شعير وهذا حجة على
الشافعي فانه قال فى الكل صاع (والزبيب كالبر) وهو رواية الجامع الصغير اذكله يؤكل كالبر
(وعندهما كالشعير وهورواية الحسن عن الامام) لانه يشبه التمر من حيث المقصود وهوالتفكه قيل
والفتوى على قولهما لكن الاولى ان يراعى فيه القدروالقيمة (والصاع) عند الطرفين (مايسع ثمانية
ارطال بالعراقى) كل رطل عشرون استارا وهو ستة دراهم ونصف فيكون الفا واربعين درهما
وكان ذلك الصاع قد فقد فاخرجه الحجاج والعراقى علم صاع كما فى النهاية (من نحو عدس اومج)
بفتح الميم وتشديد الجيم الماش وانماقدروبهما لعدم التفاوت بين حباتهما تخلخلا واكتنازا واما التفاوت
صغرا وعظما فلا دخل له فى التقدير وزنا كما فى الاصلاح (وعند ابى يوسف خمسة ارطال وثلث رطل)
برطل اهل المدينة وهو ثلثون استارا وهوقول الشافعي (واودفع منوى برصح) يعني يجوزاعطاء
نصف صاع وزنالان الصاع مقدر بالوزن وهذه رواية ابى يوسف عن الامام (خلافا لمحمد) فى رواية
رواه ابن رستم عنه لان الاثار جاءت بالصاع وهواسم المكيل كما فى الاصلاح (ودفع البر فى مكان
تشترى به) اى بالبر (الاشياء فيه افضل) لانه ابعد عن الخلاف اذفى الدقيق والقيمة خلاف الشافعي
(وعندابى يوسف الدراهم افضل) من الدقيق لانه ادفع لحاجة الفقير واعجل بها والدقيق افضل
من البر قال محمد بن سلمة ان كان فى زمن الشدة فالاداء من الحنطة اودقيقه افضل وفى زمن السعة
الدراهم افضل وفى الظهيرية ان الفتوى على ان القيمة افضل لكن لاخلاف بين الثقلين فى الحقيقة
لانهما انظر الماهو اكبر نفعا وادفع للحاجة الله اعلم

﴿كتاب الصوم﴾

قدمه على كتاب
الحج لانه منه بمنزلة البسيط من المركب من حيث انه عبادة بدنية محضة والحج عبادة بدنية ومالية
والبسيط قبل المركب هذا ثالث اركان الاسلام بعد لااله الاالله محمد رسول الله شرعه سبحانه
وتعالى لفوائد اعظمها كونه موجبا لشيئين احدهما غيرالآخر وهي سكون النفس الامارة وكسر
سورتها فى الفضول المتعلقة بجميع الجوارح من العين واللسان والاذن والفرج فان به يضعف
حركتها فى محسوساتها ولذا قيل اذا جاعت النفس شبعت جميع الاعضاء واذا شبعت جاعت
كلها ومنها كونه موجبا للرحمة والعطف على المساكين لذوق الم الجوع فانه لما ذاق الم الجوع
فى بعض الاوقات ذكر من هذا حاله فى عموم الاوقات فتسارع الى رحمته والرحمة حقيقتها فى حق
الانسان نوع الم باطن فيسارع لدفعه عنه بالاحسان اليه فينال بذلك ماعندالله من حسن الجزاء
ومنها كونه موا فقة الفقراء بتحمل مايتحملون احيانا وفى ذلك رفع حال عند الله تعالى كما فى الفتح
لكن فى الاخرين كلام لانهما فى حق الغنى فقط اما فى حق الفقير فلا فلو اقتصر على الاول لكان
اولى تأمل والصوم فى اللغة الامساك مطلقا عن الكلام وغيره ثم جعل عبارة عن هذه العبادة ومنه
صام الفرس اذا لم يعتلف قال النابغة ❊ خيل صيام وخيل غير صائمة ❊ تحت العجاج واخرى تعلك
اللجما ❊ اى ممسكة عن العلف اوغير ممسكة وفى الشريعة (هو ترك الاكل) ومافى حكمه فلا يرد
ماوصل الى الدماغ فانه مفطر لان المراد ادخال شئ بطنه مأكولا اولا فما وصل الى الدماغ وصل
الى الجوف لما ان بين الدماغ والجوف منفذ (والشرب) بالحركات (والوطئ) اى كف النفس عن
هذه الافعال قصدا فلا يشكل بما فعل نسيانا لان فعل الناسي ليس بمعتبر شرعا والمراد بالوطئ
الوطئ الكامل فلا يشكل بوطئ ميتة اوبهيمة بلا انزال على ان التعريف بالاعم جائز ولو قال ترك
المفطرات لزم الدور اذهي مفسدات الصوم كما فى القهستانى لكن قال امساك عن ادخال شئ

عمدا بطنا اوماله حكم الباطن لكان اوضح وذلك الامساك ركنه (من الفجر) اى اول زمان الصبح الصادق عند الجمهور العلماء وقيل انتشاره لكن الاول احوط (الى الغروب) الحسى بحيث تظهر الظلمة فى جهة الشرق لا الحقيقى لانه لايمكن تحقيقه الا للافراد (مع نيته من اهله) احتراز عن نية من ليس باهل للصوم كالحائض والنفساء ونحوهما وهى شرط لصحة الاداء ليتميز بها العبادة عن العادة واراد بمعية النية معية الوجود لامعية الاستمرار كما فى شرح المجمع (وهو) اى الاهل (مسلم) احتراز عن الكافر (عاقل) احتراز عن المجنون (طاهر من حيض ونفاس) بالانقطاع فيصح صوم الجنب لكن قال فى الفتح ولا يشترط العقل والافاقة للصحة لان من نوى الصوم من الليل ثم جن فى النهار اواغمى عليه يصح صومه فى ذلك اليوم وانما لم يصح فى اليوم الثانى لعدم النية لانها من المجنون والمغمى عليه لاتتصور لا لعدم اهلية الاداء واما البلوغ فليس من شرط الصحة لصحته من الصبى العاقل ولهذا يثاب عليه وفى الفتح وينبغى ان يزاد فى الشروط العلم بالوجوب اوالكون فى دار الاسلام لان الحربى اذا اسلم فى دار الحرب ولم يعلم بفرضية رمضان ثم علم ليس عليه قضاء ما مضى (وصوم) شهر (رمضان) فان المجموع علم فى ثلثة اشهر شهر رمضان شهر ربيع الاول شهر ربيع الاخر ورمضان محمول على الحذف التخفيف وذلك لانه لوكان رمضان علما لكان شهر رمضان بمنزلة انسان زيد ولايخفى قبحه ولهذا كثر فى كلام العرب شهر رمضان ولم يسمع شهر رجب وشهر شعبان على الاضافة كما فى التلويح والسر فى قبحه عدم الاستعمال والا فهو من قبيل اضافة العام الى الخاص وهى جائزة تدبر وهو مشتق من رمض اذا احترق لان الذنوب تحرق فيه (فريضة) لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده كما فى الهداية وانما لم يقل وللاجماع كما قيل لانه لما اتجه عليه ان يقال انه عام خص منه البعض وهو الذى لم يجر عليه قلم التكليف من الصبى والمجنون فيكون دليلا ظنيا قاصرا عن افادة الفرضية القطعية تداركه بقوله وعلى فرضيته انعقد الاجماع تأمل (على كل مسلم مكلف) فلايجب على الكافر والصبى والمجنون المستغرق جميع الشهر بالاتفاق اعلم ان شرطه ثلثة انواع شرط وجوبه كالاسلام والبلوغ والعقل وشرط صحة وجوب ادائه كالصحة والاقامة وشرط صحة ادائه وقدمر بيانه آنفا وسبب وجوبه شهود جزء من الشهر ليلا اونهارا وكل يوم سبب وجوب ادائه لان الايام متفرقة كالصلاة فى الاوقات بل اشد لتخلل زمان لايصلح للصوم اصلا وهو الليل ولا تنافى بين جمع السببين فشهود جزء من الشهر سبب لكله وكل يوم سبب لصومه غاية الامر انه تكرر سبب وجوب صوم اليوم باعتبار خصوصه ودخوله فى ضمن غيره وحكمه سقوط الواجب وقيل ثوابه ان كان صوما لازما والا فالثانى كما فى الفتح وقال المولى ابن كمال الوزير ان السبب الجزء الاول من كل يوم لاكله والا يلزم ان يجب صوم كل يوم بعد تمام ذلك اليوم ولا الجزء المطلق والا وجب صوم يوم بلغ فيه الصبى ولا وجه لان يكون الشهر سببا باعتبار جزئه الاول او باعتبار جزئه المطلق اذ يلزم على الاول ان لايجب صوم مابقى على من بلغ فى اثناء الشهر ويلزم على الثانى ان يجب صوم الكل فى الصورة المذكورة انتهى لكن فيه كلام لان السبب شهود جزء من الشهر لامحالة لكن عدم وجوب صوم الكل فى تلك الصورة عدم وجدان الشرط وهو البلوغ لا لعدم وجدان السبب فاذا بلغ فى اثناء الشهر وجب صوم ما بقى لوجود الشرط ولايجب صوم ما مضى لعدمه تدبر (اداء) لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه (وقضاء) لقوله تعالى فعدة من ايام اخر ويجب القضاء بما يجب به الاداء (وصوم المنذور) معينا كما اذا قال لله على ان اصوم يوم الخميس مثلا اوغير معين كقوله لله على ان اصوم يوما مثلا وسببه النذر ولذا لو نذر صوم شهر بعينه فصام شهرا قبله عنه اجزأه لانه تعجل بعد وجود السبب ويلغو التعيين (والكفارة) لظهار اوقتل او يمين اوجزاء صيد اوفدية

الاذى فى الاحرام والسبب الحنث والقتل (واجب) لم ينعقد الاجماع على فرضية واحد منهما بل على وجوبه اى ثبوته عملا لا علما ولهذا لا يكفر جاحده كما فى الاصلاح لكن فى الفتح الاظهر انهما فرض للاجماع على لزومهما واص فى البدايع على فرضية المنذور وفى المواهب وفرض صوم الكفارات وكذا فرض المنذور فى الاظهر وفى التبيين الكفارة فرض والنذر واجب وقال يعقوب باشا وقول ابن ملك فى شرحه ولو قال وصوم رمضان والنذر فرض وصوم الكفارات واجب لكان اولى ليس بتام لانه لافرق بين صوم النذر وصوم الكفارة فى الواجبية او الفرضية كما لا يخفى انتهى على انها يخالف ما فى شرحه للمجمع تدبر هذا بحث طويل فليطلب من شروح الهداية وغيرها (وغير ذلك نفل) يعنى الزائد وهو اعم من السنة كصوم عاشوراء مع التاسع والمندوب كصوم ثلثة ايام من كل شهر ويستحب كونها الايام البيض ولم يذكر المكروه تنزيها وهو صوم عاشوراء مفردا ونحوه كما سنبين ان شاء الله تعالى (وصوم العيدين وايام التشريق حرام) لورود النهى عن الصيام فى هذه الايام (ويجوز) اى يصح (اداء رمضان والنذر المعين بنية) واقعة (من الليل الى ما قبل نصف النهار) والنهار الشرعى من الصبح الى المغرب فنصفه الضحوة الكبرى كما فى اكثر الكتب لكن اللغوى كذلك كما فى ديوان الادب فحينئذ لابد ان تكون النية موجودة فى اكثر النهار ولو قال فى الليل واليوم قبل نصفه لكان اولى لان الشرط وجودها فى احد الوقتين لا ابتداؤها من احدهما وانتهاؤها فى الاخر كما فى الاصلاح وعند الشافعى لابد من التبييت (لا عنده) اى نصف النهار (فى الاصح) فلو نوى عند الضحوة او بعدها لم يصح على الصحيح لان الشرط عندنا اقتران النية باكثر وقت الاداء لقيام الاكثر مقام الكل والافضل ان ينوى مقارنا للصبح كما فى التحفة وهذا خاص بالصوم لكونه ركنا واحدا بخلاف الحج والصلاة فلا تجوز بنية فى اكثرها بل لابد من اقترانها بالعقد على ادائها ولا فرق بين المسافر والمقيم فى اشتراط الصوم بالنية وجوازها قبل نصف النهار خلافا لزفر فانه قال بعدم اشتراطه بها فى حق المقيم وبعدم جوازها الا من الليل فى حق المسافر (و) يصح اداؤهما (بمطلق النية) وهو ان يتعرض لذات الصوم دون الصفة كنويت الصوم فان مراده بمطلق النية نية مطلق الصوم من غير تقييد بكونه نفلا او فرضا وليس المراد ان الصوم يصح بالنية المطلقة من حيث انها نية وهو من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف ولو قال بنية المطلق لكان اولى و بهذا اندفع ما قاله القهستانى من انه يصح صومه بنية نفل ويصح بنية مطلقة باعادة النية الموصوفة بالاطلاق فاضافتها الى ما فى بعض النسخ مما لا ينبغى تدبر ويشترط لكل يوم نية عندنا خلافا لمالك (وبنية النفل) وقال مالك والشافعى لا يصح اداء رمضان الا بنية على التعيين كما فى الصلاة ولنا اما فى النية المطلقة فلان رمضان متعين للفرض لا يسع غيره والاطلاق فى المتعين تعيين كما نادى زيدا المنفرد فى الدار يا انسان فان فيه تعيينا له واما فى نية النفل فلان وصفه بالنفل خطاء فيبطل ويبقى الاطلاق وهو تعيين ولو صام مقيم على غير رمضان لجهله به فوافقه فهو عنه (و) يؤدى (صوم رمضان بنية واجب آخر للصحيح المقيم) يعنى يصح اداء رمضان اذا نوى ان يكون عن واجب آخر عليه نحو كفارة قتل غير العمد او ظهار (لا) يؤدى (النذر المعين) بنية واجب آخر (بل) يقع الاداء (عما نواه) كما ان النفل لا يؤدى بنية واجب آخر بل يقع عما نوى هذا ان نوى بالليل لانه لو نوى بعد ما اصبح فى يوم التعيين عن واجب آخر يكون عن نذره سواء كان مسافرا او مقيما صحيحا او مريضا والفرق بينهما ان التعيين انما حصل بولاية الناذر وله حق ابطال صلاحيته ماله وهو النفل لا ما عليه وهو القضاء ونحوه ورمضان متعين بتعيين الشارع (لو نوى المريض والمسافر فيه) اى فى رمضان (واجبا آخر) كالقضاء وكفارة القتل والظهار (وقع) صومه (عما نوى) هذه التسوية بين المريض والمسافر على رواية الحسن عن الامام

لكن فرق بينهما شمس الائمة وفخر الاسلام فى اصولهما ووجهه ان اباحة الفطر له عند العجز عن اداء الصوم فاما عند القدرة فهو والصحيح سواء بخلاف المسافر فان الرخصة فى حقه تتعلق بعجز باطن قام السفر الظاهر مقامه وهو موجود فى الايضاح ان هذا الفرق ليس بصحيح والصحيح انهما متساويان وهو اختيار الكرخى والهداية وغيرهما واكثر مشايخ بخارى وبه اخذ المصنف لان رخصته متعلقة بخوف ازدياد المرض لا بحقيقة العجز فكان كالمسافر فى تعلق الرخصة بعجز مقدر (وعندهما) يقع (عن رمضان) لان الرخصة كيلا تلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور ووجه قول الامام انهما شغلا الوقت بالاهم لتحتمه للحال وتخيرهما فى صوم رمضان الى ادراك العدة من الايام الاخر ولو اطلق المسافر النية فالاصح انه يقع عن رمضان على جميع الروايات كالمريض (والنفل كله) وفى القهستانى عدم الاطلاق لانه قال وشرط لقضاء رمضان والنذر والنفل الفاسدان بيت تدبر (يجوز بنية قبل نصف النهار) مسافرا او مقيما خلافا لمالك لقوله عليه الصلاة والسلام بعد ما كان يصبح غير صائم انى اذن لصائم وهذا حجة على قول مالك فانه قال لابد من النية فى الليل وتمسك باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام لا صيام لمن لم ينو من الليل وعند الشافعى يجوز بعده ايضا ويصير صائما حين نوى اذ هو متجز عنده لكن من شرطه الامساك فى اول النهار (والقضاء) اى قضاء رمضان (والنذر المطلق) غير المعين كالنذر لصوم يوم او شهر او شبهه (والكفارات) اى كفارة رمضان والظهار واليمين والقتل والاحصار والصيد والحلق ومتعة الحج (لا تصح الا بنية معينة من الليل) السابق ولو عند الطلوع بل هو الاصل لان الواجب قران النية بالصوم لا تقديمها وانما صح التقديم للعسر فلو نوى بعد الطلوع كان تطوعا واتمامه مستحب ولا قضاء بافطاره ولو نوى ليلا ان يصوم غدا ثم عزم فى الليل على الفطر لم يصر صائما ثم اذا افطر لا شئ عليه ان لم يكن رمضان ولو نوى الصائم الفطر لم يفطر حتى يأكل ولو قال نويت صوم غد ان شاء الله تعالى فعن الحلوانى يجوز استحسانا لان المشيئة تبطل اللفظ والنية فعل القلب وصححه فى الظهيرية (ويثبت رمضان) اى دخوله وابتداؤه (برؤية هلاله او بعد شعبان) اى بان يعد شعبان (ثلثين يوما) لقوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما والغم عبارة عن عدم الظهور لعلة فى السماء او لقربه من الشمس (ولا يصام يوم الشك) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقدموا الشهر بصوم يوم او يومين الا ان يكون شئ يصوم احدكم الحديث ومارواه صاحب الهداية من صام يوم الشك فقد عصى ابا القاسم ولا يصام الذى شك فيه الا تطوعا لا اصل له كما فى التبيين لكن فى الفتح خلافه فتدبر (الا تطوعا) اى نفلا بغير كراهة فى الاصح (وهو) اى الصوم (احب ان وافق) صومه من الخواص والعوام (صوما يعتاده) كصوم الخميس او الاثنين او ثلاثة من آخر كل شهر ولو صام يومين كره وقال بعضهم ان كان بالسماء علة يصوم والا فلا (والا) اى وان لم يوافق صوما يعتاده (فيصوم الخواص) اى العلماء او الذين يعلمون نيته وهى ان يقصد التطوع بنية المطلق او بنية النفل بلا قصد رمضان (ويفطر غيرهم بعد نصف النهار) نفيا لتهمة ارتكاب النهى لان ابا يوسف افتى الناس يوم الشك بالفطر بعد التلوم لما روى ان النبى عليه الصلوة والسلام انه قال اصبحوا يوم الشك مفطرين متلومين اى غير آكلين ولا صائمين قيل الافضل الفطر وقيل الصوم واجمعوا على انه لا يأثم بالفطر اما فى الصوم فقيل يكره ويأثم وقيل لا يأثم (وكره صومه) اى صوم يوم الشك ناويا (عن رمضان) للتشبه باهل الكتاب (او عن واجب آخر) لكن الثانى فى الكراهة دون الاول لعدم التشبه باهل الكتاب (وكذا) يكره (ان نوى) مترددا بانه (ان كان) يوم الشك (رمضان فعنه والا فعن نفل او عن واجب آخر) اما فى صورة ترديده

بين رمضان ونفل فلانه ناو للفرض من وجه واما فى صورة ترديده بين رمضان وواجب آخر فلتردده بين مكروهين هذا اذا كان مقيما وان مسافرا يقع عن واجب آخر عند الامام كما بين آنفا وفى الفتح لا يكره صوم واجب آخر فى يوم الشك لان المنهى عنه رمضان لا غير ولو قال والا فعن غيره لكان اخصر واوضح (وصح فى الكل) اى من قوله وكره صومه الى قوله واجب آخر (عن رمضان ان ثبت) اى ان ظهر ان ذلك اليوم من رمضان صح لوجود اصل النية (والا) اى وان لم يثبت رمضان (فانوى ان جزم) وفى عامة المعتبرات ان ظهر انه من شعبان فان كان نوى رمضان يكون تطوعا وان افطر لا قضاء عليه لانه ظان وان كان نوى واجبا غير رمضان قيل يكون تطوعا لانه منهى عنه فلا يتأدى به الواجب وقيل يجزيه عن الذى نواه وهو الاصح وعلى هذا اطلاق المصنف غير صحيح الا ان يراد بما نوى واجب غير رمضان لكن تبقى صورة نية رمضان قطعا ولم يثبت تدبر (و) يصح عن (نفل ان ردد) فى وصف الصوم لان مطلق النية موجود وهو كاف فى التنفل ولو افسد فلا قضاء عليه (وان قال ان كان) الغد الذى هو يوم الشك واقعا من (رمضان فانا صائم عنه والا فلا) اصوم اصلا (لا يصح ولو) وصلية (ثبت رمضانيته) لعدم الجزم فيها فلا توجد النية (ولا يصير صائما) كما لو نوى انه ان لم يجد غداء فهو صائم والا فمفطر ولو ترك قوله ولا يصير صائما لكان اولى لان عدم الصحة يستلزم عدم الصوم (واذا كان بالسماء علة) كغيم وغبار وغيرهما هذا شروع فى بيان ثبوت رؤية الهلال ووجوب ابتداء الصوم به (قبل فى هلال رمضان خبر عدل) واحد اذا لم يكذبه الظاهر لما صح ان النبى عليه الصلوة والسلام قبل شهادة الواحد فى رؤية هلال رمضان وحقيقة العدالة ملكة تحمل على ملازمة التقوى والمروة وادناها ترك الكبائر والاصرار على الصغائر فلزم ان يكون مسلما عاقلا بالغا (ولو كان عبدا او انثى او محدودا فى قذف تاب) وهو ظاهر الرواية وعن الامام نفى رواية المحدود لانها شهادة من وجه وانما اشترط العدالة لان قول الفاسق فى الديانات غير مقبولة واما مستور الحال فعن الامام قبوله وصححه البزازى وهو غير ظاهر الرواية وفى الخانية تقبل شهادة الواحد على الواحد اطلق المصنف القبول ولم يقيد بتفسير الرؤية وقال فى الذخيرة كان الشيخ ابو بكر محمد بن فضل اذا كانت السماء متغيمة انما تقبل شهادة الواحد اذا فسر وقال رأيت الهلال خارج البلدة فى الصحراء او يقول رأيته فى البلدة بين خلل السحاب فى وقت يدخل فى السحاب ثم ينجلى اما بدون هذا التفسير لا تقبل لمكان التهمة وعن الحسن يشترط النصاب له وهو قول مالك والشافعى فى قول واحمد فى رواية (ولا يشترط لفظ الشهادة) وفى الخانية ولا تشترط الدعوى ولا لفظ الشهادة فى هذه الشهادة كما لا يشترط فى سائر الاخبارات ولم يذكر المصنف الدعوى لان فى الفطر لم يشترط فى الصحيح مع انه تعلق به نفع العباد وهو الفطر فهنا اولى (و) شرط مع العلة فى ظاهر الرواية (فى هلال الفطر وذى الحجة شهادة حرين او حر وحرتين) وفى القهستانى انه تقبل فيه شهادة واحد (بشرط العدالة) والحرية وعدم الحد فى القذف لما فيهما من الالزام (ولفظ الشهادة) لتعلق حق العباد به بخلاف رمضان لانه حق الشرع وعن الامام ان الاضحى كهلال رمضان لانه من امور الدين لكن الاظهر انه كالفطر لنفع العباد به بالتوسع بلحوم الاضاحى مع ان فيه نفعا آخر وهو الاحلال من الحج (لا الدعوى) لما فيهما من حق الله وفى العدة انه تشترط وفى الخانية ينبغى ان يشترط فيه لفظ الشهادة واما الدعوى فينبغى ان لا يشترط كما لا يشترط فى عتق الامة وطلاق الحرة عند الكل وعتق العبد فى قولهما وفى الوقف على قول الفقيه ابى جعفر وعلى قياس قول الامام ينبغى ان يشترط الدعوى فى هلال الفطر وهلال رمضان كما فى عتق العبد عنده (وان لم يكن بالسماء علة) مما ذكرنا (فلا بد فى الكل) اى فى هلال رمضان والفطر والاضحى (من جمع عظيم) غير مقدر فى ظاهر الرواية (يقع العلم بخبرهم) ويحكم العقل

بعدم تواطئهم على الكذب والمراد من العلم هنا ما يوجب العمل وهو غالب الظن لا العلم بمعنى اليقين
نص عليه فى المنافع والغاية لان التفرد بالرؤية من بين الجم الغفير مع توجههم طالبين لما توجه هو اليه مع
فرض عدم المانع وسلامة الابصار يوهم الغلط بخلاف ما اذا اعتل المطلع لانه يجوز ان يتفرد بحدة
نظره و بان ينشق الغيم فيتفق له النظر والمراد بالتفرد المذكور هنا تفرد من لم يقع العلم بخبرهم لا تفرد
واحد والا لافاد قبول اثنين وهم منتف ثم قيل فى حد الكثير اهل المحلة وعن ابى يوسف خمسون رجلا
كما فى القسامة وعن خلف بن ايوب انه قال خمسمائة ببلخ قليل فبخارى لا تكون ادنى من بلخ فلذا قال
البقالى الالف بخارى قليل وعن ابى حفص الكبير انه يعتبر الوفاء وقيل ينبغى ان يكون من كل مسجد
جماعة واحد او اثنان وعن محمد انه قال يفوض مقدار القلة والكثرة الى رأى الامام وهو الصحيح
كما فى التجنيس لان ذلك يختلف باختلاف الاوقات والاماكن وكان الحكم فيه رأى الامام وفى الفتح
والحق ماروى عن محمد وابى يوسف ايضا ان العبرة لتواتر الخبر ومجيئه من كل جانب حتى لا يتوهم
تواطئهم على الكذب وفى الزاد وهو الصحيح (وفى رواية) الحسن عن الامام (يكتفى باثنين)
رجلين اورجل وامرأتين سواء كانت بالسماء علة اولم تكن اعتبارا بسائر الحقوق وفى البحر ولم ار
من رجحها من المشايخ وينبغى العمل بها فى زماننا لان الناس تكاسلوا عن تراءى الاهلة فانتفى قولهم
مع توجههم طالبين لما توجه هو اليه وكان التفرد غير ظاهر فى الغلط انتهى لكن فى ديارنا ليس كما قاله
فعدم الترجيح اولى تدبر (وقال الطحاوى يكتفى بواحد ان جاء من خارج البلد او كان على مكان
مرتفع) قال المولى ابن كمال الوزير وفى الذخيرة انما لاتقبل شهادة الواحد على هلال رمضان اذا
كانت السماء مصحية اذا كان الواحد من المصر واما اذا جاء من خارج المصر او جاء من اعلى الاماكن
فى مصر ذكر الطحاوى انه تقبل شهادته وهكذا ذكر فى كتاب الاستحسان وذكر القدورى
انه لاتقبل شهادته فى ظاهر الرواية وذكر الكرخى انه تقبل وفى الاقضية صحح رواية الطحاوى واعتمد
عليها لقلة الموانع فان هواء الصحراء اصفى فيجوز ان يراه دون اهل المصر وكذلك اذا كان على مكان
مرتفع فى المصر لاختلاف الطلوع والغروب باختلاف المواضع فى الارتفاع والانخفاض قال
فى خزانة الاكمل اهل الاسكندرية يفطرون اذا غربت الشمس ولا يفطر من على منارتها فانه يراها
بعد حتى تغرب له هذا على رواية الطحاوى واما فى ظاهر الرواية فلا عبرة وفى القهستانى ان ما قال
اهل التنجيم غير معتبر فمن قال انه يرجع فى ذلك الى قولهم فقد خالف الشرع قال رسول الله صلى الله
تعالى عليه وسلم من اتى كاهنا او منجما فصدقه بما قال فهو كافر بما انزل على محمد عليه الصلاة
والسلام وعن الامام ان رأى القمر قدام الشمس فلليلة الماضية وان رآه خلفها فللمستقبلة وتفسير
القدام ان يكون الى المشرق والخلف الى المغرب لان سير السيارة الى المشرق والقمر اذا جاوز الشمس
ترى الهلال فى جهة الشرق ولو رأوا الهلال قبل الزوال وبعده فهو لليلة المستقبلة كما قال الامام
ومحمد وذهب ابو يوسف الى انه اذا رأى الهلال قبل الزوال او بعده الى وقت العصر فللماضية
اما بعد العصر فهو لليلة المستقبلة وعن الامام ان غاب قبل الشفق فمن هذه الليلة وفى التجنيس والمختار
قولهما (ولو صاموا ثلثين ولم يروه حل الفطر ان صاموا) اى كانوا ابتدأوا الصوم (بشهادة اثنين)
عدلين والسماء متغيمة وما فى القهستانى من انه سواء تغيمت السماء فى الزمانين اولا لا يخلو عن خلل
لانه اذا لم تكن بالسماء علة يلزم الجمع الكثير ولم يقبل خبر اثنين الا فى رواية الحسن تدبر وانما حل
الفطر فيه لوجوب نصاب الشهادة على رؤية هلاله وكذا لو كانوا استكملوا عدة شعبان ثلثين
وفى الفتح اذا صام اهل مصر رمضان على غير رؤية بل باكمال شعبان ثمانية وعشرين ثم رأوا
هلال شوال ان كانوا اكملوا عدة شعبان عن رؤية هلاله اذا لم يروا هلال رمضان قضوا يوما
واحدا حملا على نقصان شعبان غير انه اتفق انهم لم يروا ليلة الثلثين وان اكملوا عدة شعبان

عن غير رؤية قضوا يومين احتياطا لاحتمال نقصان شعبان مع ماقبله فانهم لما لم يروا هلال شعبان كانوا بالضرورة مكملين رجب (وان) صاموا (بشهادة واحد لايحل) لهم الفطر سواء تغيمت السماء في الزمانين اولا وقال محمد لو تغيمت السماء فيهما حل الفطر قال الحلواني لاخلاف فيه وانما الخلاف اذا اصحت (ومن رأى هلال رمضان او الفطر) وحده وشهد عند القاضي (ورد قوله) بدليل شرعي (صام) في الاول لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهذا قد شهده وفي الثانية لقوله عليه الصلاة والسلام صومكم يوم يصومون وفطركم يوم يفطرون والناس لم يفطروا في هذا اليوم فعليه موافقتهم قال ابو الليث لكن لاينوي الصوم لانه يوم عيد عنده وفيه اشارة الى انه يشهد عند حاكم والشهادة لازمة لئلا يفطر الناس اذ كان عدلا او مخدرة وكذا الفاسق ان علم قبول قوله وان لم يوجد حاكم يشهد في المسجد وصاموا بقوله اذا كان عدلا ولا بأس للناس ان يفطروا اذا اخبر رجلان في هلال شوال والسماء متغيمة وليس فيه وال ولو رأى الامام وحده او القاضي وحده هلال رمضان فهو بالخيار بين ان ينصب من يشهد عنده وبين ان يأمر الناس بالصوم بخلاف ما اذا رأى الامام وحده او القاضي وحده هلال شوال فانه لايخرج الى المصلى ولا يأمر الناس بالخروج (وان افطر) من رد قوله (قضى فقط) بلا كفارة لان الكفارة تندرئ بالشبهة وقد وجدت اما في هلال الصوم فلانه صار مكذبا شرعا فاورث شبهة واما في هلال الفطر فلانه يوم عيد عنده ولو اكمل ثلثين يوما لايفطر الامع الامام للاحتياط ولو افطر لاكفارة عليه اعتبار الحقيقة التي عنده واختلفوا فيما افطر قبل رد الامام شهادته في وجوب الكفارة فمنهم من اوجبها فيهما والصحيح انه لاكفارة عليه واوجب الشافعي الكفارة في هلال رمضان مطلقا ان افطر بالوقاع (ويجب على الناس) وجوب كفاية (التماس الهلال في التاسع والعشرين من شعبان ومن رمضان) وكذا ذي القعدة لان الشهر قد يكون تسعا وعشرين وكذا يجب على الحاكم ان يأمر الناس بذلك (واذا ثبت في موضع لزم جميع الناس) ولا اعتبار باختلاف المطالع حتى قالوا لو رأى اهل المغرب هلال رمضان يجب برؤيتهم على اهل المشرق اذا ثبت عندهم بطريق موجب كما لو شهدوا عند قاض لم ير اهل بلده على ان القاضي بلد كذا شهد عنده شاهدان برؤية الهلال في ليلة كذا وقضى القاضي بشهادتهما جاز لهذا القاضي ان يقضي بشهادتهما لان قضاء القاضي حجة وقد شهدا به اما لو شهدا ان اهل بلدة كذا رأوا الهلال قبلكم بيوم وهذا يوم الثلثين فلم ير الهلال في تلك الليلة والسماء مصحية فلا يباح الفطر غدا ولا يترك التراويح لان هذه الجماعة لم يشهدوا بالرؤية ولا على شهادة غيرهم وانما حكوا رؤية غيرهم قال الحلواني الصحيح من مذهب اصحابنا ان الخبر اذا استفاض في بلدة اخرى وتحقق يلزمهم حكم تلك البلدة (وقيل يختلف باختلاف المطالع) وفي التبيين الاشبه ان يعتبر لان كل قوم مخاطبون بما عندهم وانفصال الهلال من شعاع الشمس يختلف باختلاف الاقطار كما ان دخول الوقت وخروجه يختلف باختلافهما وقال في الدرر يؤيده ما مر في اول كتاب الصلاة ان صلاة العشاء والوتر لاتجب لفاقد وقتهما وفي الاختيار وذكر في الفتاوى الحسامية اذا صام اهل مصر ثلثين يوما برؤية واهل مصر آخر تسعة وعشرين يوما برؤية فعليهم قضاء يوم ان كان بين المصرين قرب بحيث يتحد المطالع وان كان بعد بحيث تختلف لايلزم احد المصرين حكم الآخر وحده على ما في الجواهر مسيرة شهر فصاعدا اعتبارا بقصة سليمان عليه الصلاة والسلام فانه انتقل كل غدو ورواح من اقليم الى اقليم وبين كل منهما مسيرة شهر لكن يفهم من عبارة المصنف عدم الاعتبار مطلقا وهو المذهب وظاهر الرواية وعليه الفتوى كما في اكثر المعتبرات

﴿باب موجب الفساد﴾

بفتح الجيم ما يوجبه الافساد للصوم يعني الحكم المترتب على الافساد وبالكسر ما به الفساد يعني الاسباب للفطر لما فرغ من انواع الصوم شرع في بيان ما يجب عند ابطاله لانه امر عارض على

الصوم فلهذا يذكره مؤخرا ثم العوارض على ثلثة اقسام الاول مايفسده مع القضاء والكفارة والثانى مايوجب القضاء دون الكفارة والثالث مايتوهم انه مفسد وليس بمفسد وقد بين الاقسام بالترتيب فقال (يجب القضاء) هو تسليم مثل الواجب استدراكا للمصلحة الفائتة (والكفارة) لكمال الجناية (ككفارة الظهار) بان يعتق رقبة فان لم يستطع فيصوم شهرين ولاء اذ بافطار يوم استقبل فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وانما ترك بيان وقت وجوب القضاء والكفارة اشعارا بانه على التراخى كما قال محمد وقال ابو يوسف انه على الفور وعن الامام روايتان وقيل بين رمضانين وبه اخذ الكرخى والاول اصح (على من جامع) من الجماع وهو ادخال الفرج فى الفرج وفى الخزانة التقاء الختانين موجب للكفارة (اوجومع فى) اداء (رمضان) اذ فى غير رمضان لايوجب الكفارة (عمدا) اى حال كونه عامدا احتراز عن الاكراه والخطاء والنسيان وفى فتاوى سمرقندى وان اكرهت المرأة زوجها فجامعها مكرها تجب الكفارة عليه لان الجماع لايتصور الا باللذة والانتشار وذلك دليل الاختيار لكن الصحيح انها لاتجب وهو قولهما وعليه الفتوى واو اكرهها هو فلا كفارة عليها اجماعا (فى احد السبيلين) اى القبل والدبر من انسان حى فالجماع فى الدبر موجب للكفارة كما قالا وهو الصحيح عن مذهب الامام لان الجناية كاملة ولو جامعا ثم مرض فى يومه سقطت الكفارة كما فى المحيط واو اف ذكره بخرقة مانعة للحرارة لم يكفر كما فى المنية ولو جامع مرارا فى يوم من رمضان واحد ولم يكفره كانت عليه كفارة واحدة فاذا كفر للاولى ثم جامع مرة اخرى فعليه كفارة اخرى فى ظاهر الرواية واو جامع فى رمضانين لزمت كفارتان كما روى عن محمد وقال اكثر المشايخ كفارة واحدة وهو الصحيح للتداخل (اواكل اوشرب عمدا) سواء نوى من الليل اوالنهار على الصحيح وشرطوا فى وجوب الكفارة على من افطر فى رمضان كون المأكول (غذاء) وهو اصطلاحا مايقوم بدل مايتحلل عن شئ وهو فى الحقيقة الدم وباقى الاخلاط كالابار بزوعرفا وهو المراد مامن شانه ان يصير البدل كالحنطة والخبز وفى المحيط اذا اكل مايؤكل عادة يكفر وما الا فلا وعند احمد والشافعى فى قول فى الاكل والشرب لا يكفر واو مضغ لقمة ناسيا فتذكر فابتلعها بعد اخراجها فلا كفارة وعليه القضاء لانها شئ تعافه الناس وان ابتلعها قبل اخراجها فعليه الكفارة كما فى شرح المنظومة (اودواء) وهو مايؤثر فى البدن بالكيفية فقط كالكافور وغيره لكن فى المحيط لواكل مايتداوى به قصدا اوتبعا لغيره يكفر والا فلا (وكذا) اى يجب القضاء والكفارة (لواحتجم) الصائم (اواغتاب) من الغيبة (فظن انه) اى كل واحد من الاحتجام والاغتياب (افطره فاكل عمدا) لعدم المفطر صورة ومعنى فقوله عليه الصلوة والسلام الغيبة تفطر الصائم مأول بالاجماع بذهاب الثواب ولهذا يجب عليه القضاء والكفارة اذا اكل عمدا ان ظن انه افطره سواء بلغه الحديث اولم يبلغه عرف تأويله اولم يعرف افتاه مفت اولم يفت لان الفطر بالغيبة يخالف القياس بخلاف حديث الحجامة وهو قوله عليه الصلاة والسلام افطر الحاجم والمحجوم فان بعض العلماء اخذ بظاهره من غير تأويل مثل الاوزاعى واحمد ولهذا اذا سمعه فافطر اعتمادا على ظاهره لاتجب الكفارة عند محمد لان قول الرسول لايكون ادنى درجة من المفتى لكن اجاب العلماء بانه منسوخ وكذا اذا افتاه مفت بفساد صومه فحينئذ لاكفارة عليه لان الواجب على العامى الاخذ بفتوى المفتى فتصير الفتوى شبهة فى حقه وان كان خطاء فى نفسها وعن ابى يوسف كفر العامى اذا بلغه حديث فاكل لان عليه استفتاء فقط لان الحديث قد يترك ظاهره و ينسخ واولمس اوقبل امرأته بشهوة اوضاجعها ولم ينزل فظن انه افطر فاكل عمدا كان عليه الكفارة الا اذا تأول حديثا اواستفتى فقيها فافطر فلا كفارة عليه (ولا كفارة بافساد صوم غير رمضان) لانه لم يهتك حرمة الشهر فعلى هذا لاتلزم الكفارة على قضاء رمضان (ويجب القضاء فقط) بغير كفارة (اوافطر خطاء) كما اذا تمضمض فدخل الماء

حلقه وعند احمد والشافعي في قول في الخطاء لايفسده كالنسيان وصرح الخطاء مع ماعلم من قوله عمدا تفصيلا لمحل الخلاف و بهذا ظهر فساد ماقيل ولفظ الخطاء مستدرك (او) افطر (مكرها) خلافا للشافعي اذا صب الماء في حلقه كرها اما لواكره على شرب فشرب هو مكرها يفطر بالاجماع (اواحتقن) على البناء للفاعل اى استعمل الحقنة (اواستعط) على البناء للفاعل وهو ايصال مايع الى الجوف من طريق المنخرين (اواقطر في اذنه) على البناء للمفعول كما في النهاية واراد به غير الماء ولم يقيده اعتمادا على انفهامه عما سيأتى وانما يجب القضاء عليه في هذه الصور بقوله عليه الصلوة والسلام الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفارة عليه لانعدام الفطر صورة (اوداوى جائفة) وهى الطعنة التى تبلغ الجوف (او) داوى (آمة) بالمد والتشديد وهى الشجة التى تبلغ ام الرأس (فوصل الدواء) في الجائفة (الى جوفه اودماغه) اى وصل الدواء في الآمة ام الرأس وهو لف ونشر مرتب هذا عند الامام لوصول الغذاء الى جوفه وقالا لايفطر لانه لم يصل من المنفذ الاصلى وظاهره ان الرطب واليابس سواء كما هو رأى اكثر المشايخ فلو لم يصل الرطب الى الجوف لم يفسد وقيل الرطب مفسد عنده خلافا لهما وانما شرط كونه مما فيه صلاح البدن احترازا عما اذا طعن برمح فانه غير مفسد وان بقى الزج في جوفه لكن اذا انفذ السهم الى جانب آخر اودخل حجر من جائفة اوغيب حشفة في دبره ففسد كما في القهستانى لكن في الخانية عدم الفساد فيما انفذ السهم الى جانب آخر ودخل الحجر في الجائفة وكذا اذا دخل اصبعه فيه على المختار لكن في المنح ان كانت رطبة ففسد وان كانت يابسة ليس بمفسد وكذا لو بالغ في الاستنجاء حتى بلغ موضع الحقنة افطره وتذكر الصوم شرط في جميع هذه الصور لان الناسى في جميعها ليس بمفطر اتفاقا (اوابتلع حصاة اوحديدة) اونحوهما مما ليس فيه صلاح البدن ولم يرغب الناس في اكله وهو ذاكر صومه سواء كان اقل من الحمصة اواكثر لكن لواعتاد اكل الحصاة والزجاج والطين الذى يغسل به الرأس وجبت الكفارة وفى المنية لوابتلع الحصاة مثلا مرارا لاجل معصية كفر زجرا وعليه الفتوى ولواكل الطين الارمنى فعليه الكفارة لانه يؤكل للدواء وعن ابى يوسف لاكفارة في الطين الارمنى وفى المنح تجب الكفارة في المختار وقيل تجب في قليله دون كثيره ولا في النواة والقطن والكاغد والسفرجل اذا لم يدرك ولا تجب في الدقيق والارز والعجين الا عند محمد وتجب باكل اللحم النى وان كانت ميتة منتنة الا ان دودت فلا تجب واختلف في الشحم واختار ابو الليث الوجوب فان كان قديدا وجبت بلا خلاف كما في الفتح ولواكل دما في ظاهر الرواية لايكفر وقيل يكفر لان بعض الناس يشربون الدم ولوابتلع فستقا مشقوق الرأس كفر كما في القهستانى لكن في الخانية عدم الكفارة ولواكل الطين الذى يؤكل تفكها فعن محمد لاكفارة فيه الا ان مشايخنا قالوا بوجوبها استحسانا وعنه انه كفر في الطين مطلقا (اواستقاء) لقوله عليه الصلاة والسلام من قاء لاقضاء ومن استقاء عمدا فعليه القضاء قيد عمدا للاحتراز عن الاستقاء ناسيا للصوم اذ حينئذ لايفسد ومن لم يتنبه لهذا قال ذكر العمد تأكيد لان الاستقاء استفعال من القئ وهو التكلف فيه ولايكون التكلف الا بالعمد (ملأ فيه) بالاجماع وان قل لايفطر عند ابى يوسف وفى المنح هو الصحيح لكن اطلاق الحديث ينتظم القليل والكثير وهو قول محمد وفى رواية عن ابى يوسف انه يفطر الحاقا بملأ الفم لكثرة الصنع وقال ابن كمال الوزير وضعف قول ابى يوسف لكونه تعليلا في مقابلة النص لكثرة الصنع حيث استقاء واعاد وهذا كله اذا انقيأ مرة اوطعاما اوماء فان بلغما لم يفسد صومه عندهما وعند ابى يوسف يفسد اذا كان ملأ الفم (اوتسحر) اى اكل السحور بفتح السين اسم للمأكول في السحر وبالضم جمع سحر وهو السدس الاخير من الليل كما في الفتح وفى الدرر في الايمان من نصف الليل الثانى الى الفجر (يظنه) اى يظن الوقت الذى تسحر فيه (ليلا

والفجر طالع) والحال ان الفجر الصادق كان طالعا (اوافطر) آخر النهار (بظن) على لفظ الفعل اوالظرف (الغروب ولم تغرب) اى حال كونه ظانا غروب الشمس اويظن ان الشمس غربت ولم تغرب والحال ان الشمس لم تغرب فيجب عليه امساك بقية يومه قضاء لحق الوقت والقضاء لانه حق مضمون بالمثل ولاتجب الكفارة لان الجناية قاصرة ولو شك فى طلوع الفجر فالافضل تركه السحور وروى عن الامام انه قال اساء بالاكل مع الشك اذا كان ببصره علة او كانت الليل مقمرة او متغيمة او كان فى مكان لايستبين فيه الفجر وان غلب على ظنه طلوع الفجر لايأكل فان اكل ينظر فان لم يتبين له شئ فعليه قضاؤه عملا بغالب الرأى وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لاقضاء عليه لانه بنى الامر على الاصل فلايتحقق العمديه واما اذا شك فى غروب الشمس فلا يحل له الفطر لان الاصل هوالنهار فلواكل عليه القضاء وفى الكفارة روايتان ومختار الفقيه ابى جعفر لزومها قال الكمال هذا اذا لم يتبين الحال فان ظهر انه اكل قبل الغروب فعليه الكفارة لااعلم فيه خلافا ولو كان اكبر رأيه انها لم تغرب فعليه القضاء رواية واحدة وفى الخلاصة والخانية عليه الكفارة لان النهار كان ثابتا وقد انضم اليه اكبر رأيه فصار بمنزلة اليقين وفى القهستانى ويتسحر بقول عدل وكذا بضرب الطبول واختلف فى الديك واما الافطار فلايجوز بقول واحد بل بالمثنى ولو افطر اهل الرستاق بصوت الطبل يوم الثلثين ظانين انه يوم العيد وهو لغيره لم يكفروا (اواكل ناسيا) صومه (فظن انه افطر فاكل عمدا) فيجب القضاء او صول المفطر ولاتجب الكفارة لان صومه فسد قياسا فصار ذلك شبهة فان كان بلغه الحديث وهو قوله عليه الصلوة والسلام من نسى وهو صائم فاكل اوشرب فليتم صومه فانما اطعمه الله وسقاه وعلم ان صومه لايفسد فى النسيان روى عن الامام انه لاكفارة عليه وهو الصحيح خلافا لهما وكذا لو ذرعه القئ فاكل متعمدا كفر ان كان عالما فى قولهم وان جاهلا فكذلك فى قول الامام خلافا لابى يوسف وقول محمد مضطرب ولو اغتسل فظن ان ذلك افطره بوصول الماء الى الجوف والدماغ من اصول الشعر فاكل بعد ذلك متعمدا كفر على كل حال ولو احتلم فى نهار رمضان ثم اكل متعمدا كفر وان جاهلا فكذلك عند الامام فى ظاهر الرواية وعن محمد ان استفتى ففيها فافطر لا وهو الصحيح وكذا لو اكتحل اوادهن نفسه او شاربه فاستفتى فقيها فافطر لاكفارة والكل فى الخانية وكذا لو وطئ ناسيا فظن الفطر ثم جامع عامدا لاكفارة عليه (اوصب فى حلقه نائما) اى لو كان الصائم نائما فصب احد فى فمه ماء اوسقط ماء المطر فى فمه فدخل جوفه فانه يقضى ولاكفارة عليه (اوجومعت نائمة) وقال زفر والشافعى لايجب عليه القضاء فى المسئلتين لانعدام القصد (اومجنونة) بان جنت بعد ان نوت فجامعها رجل ثم افاقت وعلمت بما فعل فانها تقضى لان الجنون لاينافى الصوم وانما ينافى شرطه اعنى النية حتى لو وجدت النية حال الافاقة ثم جنت ولم يطرأ عليها مفسد لا تقضى اليوم الذى نوته وبهذا اندفع ماقيل كانت فى الاصل المجبورة فصحفها الكاتب مع ان استعمال المجبورة بمعنى المجبرة ضعيف لفظا كما فى التبيين (اولم ينو فى رمضان صوما ولافطرا) مع الامساك فيجب القضاء لعدم العبادة بفقد النية (وكذا لو اصبح غيرنا وللصوم فاكل) فيجب القضاء ولاكفارة عليه عند الامام سواء اكل قبل الزوال اوبعده وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية عنده (وعندهما تجب الكفارة ايضا) ان اكل قبل الزوال وبعده لا لانه تفويت امكان التحصيل فكان قادرا على النية قبل الزوال فلزمته الكفارة وله ان تفويته انما يستقيم فيما لايندرئ بالشبهة اذ لاصوم بدون النية مع انه ذهب سفيان الثورى الى عدم تأدى الصوم بنية النهار فاورث ذلك شبهة وعلى هذا اطلاق المصنف غير صحيح ولابد من التقييد بما اذا اكل قبل الزوال كما فى الهداية وغيرها الا ان يقال ان النية فى غير وقتها فى حكم العدم وبهذا اعتمد ان الاختلاف يقع قبل الزوال بدأ فاطلقه

تدبر (ولو اكل اوشرب اوجامع ناسيالايفطر) استحسانا لقوله عليه الصلاة والسلام للذى اكل اوشرب ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك والجماع فى معنى الاكل فثبت ايضا بدلالته والقياس انه يفطر لوجود مايضاد الصوم وهو قول مالك فان قلت كيف عملتم به وهوخبرالواحد مخالف لكتاب الله لانه امر فيه بالامساك ولم يبين هنالك قلت عملنا لان اعتبار النسيان يؤدى الى الحرج قال الله تعالى وماجعل عليكم فى الدين من حرج والاصح ان النسيان قبل النية و بعدها سواء ولو اكل ناسيا اول النهار ثم نوى فى وقته جاز وقيل لم يجز ومن رأى صائما يأكل ناسيا يخبره اذا كان شابا وان شيخا لا وفى الجوهرة ان رأى قوة يمكنه ان يتم الصيام الى الليل يخبره والافلا وفى الواقعات والمختار انه يخبره وفى الخزانة والاولى ان يقضى اذا افطر ناسيا وعن ابى يوسف رجل يأكل ناسيا فقيل له انك صائم فاكل وهو لايذكر صومه افطر وهو قول الامام لان قول الواحد فى الديانات حجة كما فى المحيط وان بدأ بالجماع ناسيا اواولج قبل الطلوع ثم طلع الفجر والناسى تذكر ان نزع نفسه فى فوره لايفسد صومه فى الصحيح وان داوم حتى نزل ماؤه اختلف فيه قال بعضهم عليه القضاء فقط وقال بعضهم ان مكث ولم يحرك نفسه لاكفارة وان حرك نفسه بعده كفر كما فى الخانية ولو اولج قبل الصبح فلما خشى الصبح نزع وامنى بعد الصبح فلا شئ فى الصحيح (وكذا لونام) نهارا (فاحتلم) لقوله عليه الصلاة والسلام ثلثة بالتاء وبدونه رواية لا يفطرن الصوم القئ والحجامة والاحتلام (اوانزل بنظر) لانه لم يوجد منه صورة الجماع ولامعناه وهوالانزال عن شهوة بالمباشرة كما اذا تفكر فامنى ولو استمنى بكفه افطر وهوالمختار (اوادهن اواكتحل) وان وجد طعمه فى حلقه لان الداخل من المسام الغير النافذ لاينافى كما لواغتسل بالماء البارد ووجد برودته فى كبده لكن ينبغى ان يكون مكروها على الخلاف قياسا على صب الماء على البدن كما فى القهستانى (اوقبل) فى فمه اووضع آخر من بدنه ولم ينزل لعدم المنافى لاصورة ولامعنى (اواغتاب اواحتجم) لما رويناه آنفا (اوغلبه القئ) وملأ الفم (اوتقيأ) اى تكلف فى القئ (قليلا) لم يبلغ ملأ الفم هذا عند ابى يوسف خلافا لمحمد (اواصبح جنبا) لان النبى عليه الصلوة والسلام كان يصبح جنبا من غير احتلام وهو صائم لان الله تعالى اباح المباشرة بالليل ومن ضرورتها وقوع الغسل بعد الصبح (اوصب فى اذنه ماء) وفى الخانية وان صب الماء فى اذنه اختلفوا فيه والصحيح هو الفساد لانه وصل الى الجوف بفعله فلا يعتبر فيه صلاح البدن (وكذا لوصب فى احليله دهن اوغيره) لايفسد عند الامام (خلافا لابى يوسف) فانه قال يفطر وقول محمد مضطرب وفى التبيين وغيره والاظهر مع الامام وهذا الاختلاف مبنى على انه هل بين المثانة والجوف منفذ والاظهر انه لامنفذ له وانما يجتمع البول فيها بالترشح كما يقول الاطباء هذا فيما وصل الى المثانة فان لم يصل بان كان فى قصبة الذكر لايفطر اتفاقا والاقطار فى اقبال النساء قالوا ايضا على هذا الاختلاف لكن الاصح يفسد بلاخلاف كما فى اكثر المعتبرات ولو وضعت قطنة فانتهت الى الفرج الداخل وهو الرحم فسد (وان دخل) فى (حلقه غبار اودخان اوذباب) وهو ذاكر لصومه (لايفطر) والقياس ان يفطر لوصول المفطر الى جوفه وان كان لايتغذى به وجه الاستحسان انه لايقدر على الامتناع عنه فانه اذا اطبق الفم لايستطاع الاحتراس عن الدخول من الانف فصار كبلل تبقى فى فيه بعد المضمضة وعلى هذا لوادخل حلقه فسد صومه حتى ان من تبخر ببخور فاستشم دخانه فادخله حلقه ذاكرا لصومه افطر لانهم فرقوا بين الدخول والادخال فى مواضع عديدة لان الادخال عمله والتحرز ممكن ويؤيده قول صاحب النهاية اذا دخل الذباب جوفه لايفسد صومه لانه لم يوجد ماهو ضد الصوم وهو ادخال الشئ من الخارج الى الباطن وهذا مما يغفل عنه كثير فليتنبه له وفى الخانية لودخل دمعه اوعرق جبهته اودم رعافه حلقه فسد صومه (ولو) دخل

حلقه (مطر اوثلج افطر فى الاصح) واختلفوا فى المطر والثلج فقال بعضهم المطر يفسد والثلج لا وقال بعضهم على العكس وقال عامتهم بافسادهما وهو الصحيح لحصول المفطر معنى ولامكان الاحتراز عنه اذا آواه خيمة اوسقف كما فى العناية وقال سعدى افندى قال ابن الامز فى تعليله نظر فانه قد لايكون عنده خيمة ولا سقف ولو علل بامكان الاحتراز عنه بضم فمه لكان اظهر ثم قال فيه تأمل انتهى وقال صاحب الفرائد وجه التأمل امكان الاحتراز عن الغبار والدخان والذباب بضم فمه ايضا انتهى هذا ليس بسديد لانه لايمكن الاحتراز عن الغبار والدخان بضم فمه لانه اذا اطبق الفم لايستطاع الاحتراز عن دخوله من الانف كما بين آنفا فليتأمل وفى الفتح ولودخل فمه مطر فابتلعه كفر ولو خرج دم من اسنانه فدخل حلقه ان ساوى الريق فسد والا لا ولواستشم المخاط من انفه حتى ادخله الى فمه وابتلعه عمدا لايفطر ولوخرج ريقه من فمه فادخله وابتلعه ان كان لم ينقطع من فيه بل متصل بما فى فيه كالخيط فاستشربه لم يفطر وان كان انقطع واخذه واعاده افطر ولا كفارة عليه كما لوابتلع ريق غيره وفى الكنز او ابتلع بزاق صديقه كفر ولواجتمع الريق فى فيه ثم ابتلعه يكره ولايفطر ولوتغير ريق الخياط بخيط مصبوغ وابتلعه ان صار ريقه مثل صبغ الخيط فسد والالا ولو ترطب شفتاه بالبزاق عند الكلام ونحوه فابتلعه لايفطر وفى المنية اوفتل خيطا ببزاقه ثم ادخله فى فيه ثم اخرجه لم يفسد وان فعله عشر مرات وكذا لو ابتلع سلاكة وطرفها بيده امالوابتلع الكل فسد (ولو وطئ) امرأة (ميتة اوبهيمة) حية (او) وطئ حيا (فى غير السبيلين) كالفخذ والبطن والابط (اوقبل اولمس) اى مس البشرة بلاحائل لانها لومسها من وراء الثوب فانزل فسد اذا وجد حرارة اعضائها والا فلا كما فى المحيط (ان انزل) قيد للجميع (افطر) ولزمه القضاء لان فى الانزال فيها يوجد معنى الجماع ولا كفارة لنقصان الجناية لعدم المحل المشتهى فى الميتة والبهيمة ولعدم صورة الجماع فى الباقى (والا) اى وان لم ينزل (فلا) يفطر لعدم موجب الافطار ولوقبل بهيمة اونظر فرجها فانزل لايفسد (وان ابتلع) الصائم (مابين اسنانه) مما يؤكل (فان كان) ما ابتلعه (قدر الحمصة قضى وان كان دونها لايقضى) وقال زفر يقضى لان الفم له حكم الظاهر ولهذا لايفسد الصوم بالمضمضة واجيب بان القليل يبقى عادة بين الاسنان فيكون تابعا للريق بخلاف الكثير والفاصل بينهما قدر الحمصة لكن فى الفتح ان لم يمكنه الابتلاع بلا استعانة ابزاق فهو علامة القلة والا فعلامة الكثرة وقال وهو حسن وذكر وجهه لكن لا كفارة فى قدر الحمصة عند ابى يوسف لان الطبع يعافه خلافا لزفر وفى الفتح والتحقيق ان المفتى فى الوقايع لابد له من ضرب اجتهاد ومعرفة باحوال الناس وقد عرف ان الكفارة تفتقر الى كمال الجناية فينظر فى صاحب الواقعة ان كان ممن يعافه طبعه ذلك اخذ بقول ابى يوسف وان كان ممن لا اثر لذلك عنده اخذ بقول زفر (الا اذا اخرجه) اى ذلك القليل من فيه (ثم اكله) فانه يقضى فقط بلاخلاف (ولو اكل سمسمة من الخارج ان ابتلعها افطر) فتجب الكفارة على المختار كما فى الخلاصة (وان مضغها فلا) لانها تتلاشى فى فمه الا اذا وجد طعمها ففسد (والقئ ملاء الفم ان عاد) بنفسه (او اعيد) وهو ذاكر لصومه (يفسد عند ابى يوسف وان كان قليلا) من ملاء فمه (لا يفسد وعند محمد يفسد باعادة القليل لا) يفسد (بعود الكثير) والحاصل ان ابا يوسف يعتبر الخروج ومحمد يعتبر الصنع وفى اعادة الكثير يفطر اجماعا وفى عوده يفطر عند ابى يوسف خلافا لمحمد وقول محمد هو الصحيح كما فى الخانية وفى عود القليل لايفطر اجماعا وفى اعادته يفطر عند محمد خلافا لابى يوسف وقول ابى يوسف هو الصحيح كما فى الخلاصة (وكره ذوق شئ) مفطر من غداء ودواء الا ان فيه تعريض الصوم للفساد من غير ضرورة قيل فى الفرض واما فى التطوع فلايكره (ومضغه بلاعذر) وان كان به فان احتاج الى المضغ فلاشئ وفى التبيين لابأس بان تذوق

المرأة المرقة بلسانها اذا كان زوجها اوسيدها سيء الخلق وفي الفتح والبس من الاعذار الذوق عند الشراء ليعرف الجيد من الردي بل يكره لكن في المحيط عدم الكراهة خوفا للغبن في المشترى (و) كره (مضغ العلك) قيل اذا كان ابيض ممضوغا والا يفطر لكن اطلاق المصنف يشعر بان لا فرق بين علك وعلك وممضوغ وغير ممضوغ كما في ظاهر الرواية وفي الفتح اذا فرض في بعض العلك معرفة الوصول منه عادة وجب الحكم فيه بالفساد ولانه كالمتيقن وفي غير الصوم لا يكره للمرأة مضغ العلك فانه يقوم مقام السواك في حقهن ويكره للرجال اذا لم يحتج اليه (و) كره (القبلة ان لم يأمن) الوقوع في الوقاع او الانزال (على نفسه لا) يكره (ان امن) لان النبي عليه الصلاة والسلام رخص للشيخ وهذا حجة على محمد فانه قال تكره القبلة مطلقا (ولا) يكره (الكحل) اى استعمال الكحل ويجوز ضم الكاف لكن الفتح يناسب المقام لما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام اكتحل وهو صائم (ودهن الشارب) بفتح الدال بالمعنى المصدرى وبالضم اسم والاسم لا يناسب المقام لان الاضافة الى الشارب يأباه وانما لا يكره اذا قصد بهما التداوى دون الزينة (ولا) يكره (السواك) اى استعمال الخشب المخصوص سواء كان مبلولا بالماء اولا وكرهه ابو يوسف بالرطب والمبلول (ولو عشيا) اى بعد الزوال وكره الشافعي بعد الزوال (و) لا يكره (مضغ طعام لابد منه لطفل) بان لم يوجد من يمضغ له ممن هو ليس بصائم ولم يوجد ما يأكله ذلك الصبي من غير مضغ لان الضرورة تبيح الممنوع فاولى ان تبيح المكروه (ولا) تكره (الحجامة) لما رويناه آنفا (ويكره عند الامام الاستنشاق للتبرد) وصب الماء على رأسه (وكذا الاغتسال والتلفف بثوب) مبلول لما فيه من اظهار التضجر في اقامة العبادة (ولا يكره ذلك عند ابي يوسف) لورود الاثر وهذه الاشياء عون للعبادة ودفع للتضجر الطبيعي وبه يفتى (وقيل تكره المضمضة لغير عذر) وانما قال لغير عذر ليشمل الوضوء ومن ابتلى اليبوسة بحيث لو لم يمضمض لا يقدر على التكلم (و) تكره (المباشرة والمعانقة والمصافحة في رواية) عن الامام لتعرضه للفساد (ويستحب السحور) قال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم تسحروا فان في السحور بركة قيل المراد بالبركة حصول التقوى على صوم الغد والمراد زيادة الثواب وفي الفتح ولا منافاة في ان يكون المراد بالبركة كلا من الامرين (وتأخيره) اى السحور الى ما لم يشك في الفجر (وتعجيل الفطر) لقوله عليه الصلوة والسلام ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك ومن السنة ان يقول حين الافطار * اللهم لك صمت وبك آمنت وعليك توكلت وعلى رزقك افطرت ولصوم الغد من شهر رمضان نويت فاغفر لي ما قدمت وما اخرت

﴿فصل﴾ في بيان وجوه الاعذار المبيحة للافطار

وما يتعلق بها ولما اختلف الحكم بالعذر فلابد من معرفة الاعذار المسقطة للاثم فلهذا ذكرها في فصل على حدة (يباح الفطر لمريض خاف) بالاجتهاد او باخبار طبيب مسلم غير ظاهر الفسق وقيل عدالته شرط والمراد بالخوف غلبة الظن (زيادة) منصوب لنزع الخافض (مرضه) الكائن او امتداده او وجع العين او جراحة او صداع او غيره ويدخل فيه خوف عود المرض ونقصان العقل والصحيح الذي يخشى ان يمرض بالصوم فهو كالمريض كما في التبيين والامة التي تخدم اذا خافت الضعف جاز ان تفطر ثم تقضي ولها ان تمتنع من الائتمار بامر المولى اذا كان يعجزها عن اداء الفرض والعبد كالامة ومن له نوبة حمى فافطر مخافة الضعف عند اصابة الحمى فلا بأس به لان الغالب كالكائن وقال نجم الائمة من اشتد مرضه كره صومه وفي شرح المجمع لو برأ من المرض ولكنه ضعيف لا يفطر لان المبيح هو المرض لا الضعف وكذا لو خاف من المرض ففيه مخالفة لما في التبيين ووفق صاحب البحر بان يراد بالخوف في كلام شرح المجمع مجرد الوهم وفي كلام الزيلعي غلبة الظن فلا مخالفة ولا بأس بان يفطر من ذهب به متوكل السلطان الى العمارة في الايام الحارة والعمل

الخبيث اذا خشى الهلاك اونقصان العقل وفى المبتغى العطش الشديد والجوع الذى يخاف منه الهلاك يبيح الافطار اذا لم يكن باتعاب نفسه ومن اتعب نفسه فى شئ او عمل حتى اجهده العطش فافطر كفر وقيل لا والغازى اذا كان بازاء العدو ويعلم قطعا انه يقاتل فى رمضان وخاف الضعف ان لم يفطر يفطر قبل الحرب مسافرا كان او مقيما (بالصوم) وقال الشافعى لا يفطر الا اذا خاف الهلاك اوفوات العضو (وللمسافر) الذى له قصر الصلاة وفى الخانية المسافر اذا تذكر شيئا قد نسيه فى منزله فدخل فافطر ثم خرج فانه يكفر قياسا وبه نأخذ ولو سافر من مكانه اوحضر من سفره افطر لكنه مكروه كما فى القهستانى (وصومه) اى المسافر (احب) اى افضل اذا لم يفطر عامة رفقائه والا فالافطار افضل اذا كانت النفقة بينهم مشتركة وقال الشافعى الفطر افضل وعند اصحاب الظواهر لا يجوز الصوم لقوله عليه الصلوة والسلام ليس من البر الصيام فى السفر ولنا قوله تعالى وان تصوموا خير لكم وما رووه محمول على حالة الجهد (ان لم يضره) السفر وفيه اشعار بان الصوم مكروه اذا اجهده (ولا قضاء ان ماتا على حالهما) اى المريض مطلقا سواء كان الحقيقى او الحكمى كالحامل والمرضع والحائض وغيرهن والمسافر فلا تجب عليهما الوصية بالفدية لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر فلم يوجد شرط وجوب الاداء فلم يلزم القضاء (ويجب) القضاء (بقدر ما فاتهما ان صح) المريض ولو قال ان قدر لكان اولى لان الشرط القدرة لا الصحة والاولى لا تستلزم الثانية كما فى الاصلاح (او اقام) المسافر (بقدره) اى بقدر ما فاته او وجود عدة من ايام اخر (والا) اى وان لم يقدر المريض ولم يقم المسافر بقدر ما فاتهما بل قدر او اقام مقدارا انقص من مدة المرض او السفر ثم ماتا (فبقدر الصحة والاقامة) وفائدة وجوب القضاء بقدرهما وجوب الفدية عليه بقدرهما وعن هذا قال مفرعا عليه (فيطعم عنه وليه) اراد به من له التصرف فى ماله فشمل الوصى (لكل يوم كالفطرة) اى وجب على الولى ان يؤدى فدية ما فاتهما من ايام الصيام كالفطرة عينا او قيمة فلو فات بالمرض او السفر صوم خمسة ايام مثلا وعاش بعده خمسة ايام بلا قضاء ثم مات فعليه فدية خمسة ايام ولو فات خمسة وعاش ثلثة فعليه ثلثة فقط (ويلزم) اى ويجب اطعام الوارث (من الثلث) ان كان له وارث والا فمن الكل (ان اوصى) المورث وفيه ان الايصاء واجب ان كان له مال كما فى المنية ولا يختص هذا بالمريض والمسافر بل يدخل فيه من افطر متعمدا او وجب القضاء عليه او لعذر ما وكذا كل عبادة بدنية (والا) اى وان لم يوص (فلا يلزم) للورثة عندنا لانها عبادة فلا بد من امره خلافا للشافعى (وان تبرع) الولى (به) اى بالاطعام من غير وصية (صح) ويكون له ثواب ذلك وعلى هذا الخلاف الزكوة (والصلاة) مكتوبة او واجبة كالوتر هذا على قول الامام وعندهما الوتر مثل السنن لا تجب الوصية به كما فى الجوهرة (كالصوم وفدية كل صلاة كصوم يوم) اى كفديته (هو الصحيح) رد لما قيل فدية صلاة يوم وليلة كصوم يوم ان كان معسرا وقال محمد بن مقاتل اولا بلا قيد الاعسار ثم رجع والقياس ان لا يجوز الفداء عن الصلاة واليه ذهب البلخى وفيه اشارة الى انه لو فرط باداء ها باطاعة النفس وخداع الشيطان ثم ندم فى آخر عمره واوصى بالفداء لم يجزئ لكن فى المستصفى دلالة على الاجزاء والى انه لو لم يوص بفدائهما وتبرع وارثه جاز ولا خلاف انه امر مستحسن يصل اليه ثوابه وينبغى ان يفدى قبل الدفن وان جاز بعده كما فى القهستانى (ولا يصوم عنه وليه ولا يصلى) لقوله عليه الصلاة والسلام لا يصوم احد عن احد ولا يصلى احد عن احد ولكن يطعم خلافا للشافعى (وقضاء رمضان ان شاء فرقه) لاطلاق النص (وان شاء تابعه) وهو افضل مسارعة الى اسقاط الواجب قال صاحب التحفة الصوم الشرعى اربعة عشر نوعا ثمانية منها مذكورة فى كتاب الله اربعة منها متتابعة وهى صوم شهر رمضان وصوم كفارة الظهار وصوم كفارة القتل وصوم كفارة اليمين واربعة منها صاحبها بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق وهى قضاء صوم رمضان وصوم المتعة وصوم

جزاء الصيد وصوم كفارة الحلق وستة مذكورة في السنة وهي صوم كفارة الفطر في رمضان عمدا
وصوم النذر وصوم التطوع والصوم الواجب باليمين كقول الرجل والله لاصومن شهرا وصوم
الاعتكاف وصوم قضاء التطوع عند الافساد وهذا قول عامة العلماء وقد خالف الشافعي في ثلثة
مواضع احدها قال ان صوم الكفارة ليست بمتتابعة والثاني قال ان صوم الاعتكاف ليس بواجب
والثالث قال لايجب قضاء صوم التطوع (فان اخره) اى القضاء (حتى جاء) رمضان (آخر قدم
الاداء) على القضاء بالاجماع لانه وقته (ثم قضى ولافدية عليه) لان وجوبه على التراخي ولهذا
جاز التطوع قبله وعند الشافعي عليه الفداء ان اخره بغير عذر (والشيخ) من جاوز عمره خمسين
(الفاني) سمي به لفناء قواه اوللقرب وفي الزيادات الشيخ الفاني الذي يعجز عن الاداء في الحال ويزداد
كل يوم عجزه الى ان يكون مآله الموت بسبب الهرم وكذا العجوز (اذا عجز عن) اداء (الصوم يفطر ويطعم
لكل يوم) مسكينا (كالفطر) عبارة يطعم ينبئ عن عدم الحاجة الى التمليك ولابد منه على مايشعر به
لفظ الفدية فانها تمليك مابه يتخلص عن مكروه توجه اليه لكن في التلويح انهم قالوا ان مفعوله
الثاني اذا ذكر فللتمليك والافللاباحة وفي التبيين قال مالك لاتجب عليه الفدية وهو القول القديم
للشافعي واختاره الطحاوي لانه عاجز عن الصوم فاشبه المريض اذا مات قبل البرء ولنا اجماع
الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولوكان الشيخ الفاني مسافرا فمات قبل الاقامة قيل ينبغي ان لايجب
عليه الايصاء بالفدية وفي القنية اوتصدق في الليل من صوم الغد يجزيه (وان قدر) على الصوم
(بعد ذلك) اى بعد مافدى (لزمه القضاء) لانه يشترط لجواز الخلف وهو الفدية دوام العجز
(وحامل) اى ذات حمل بالفتح اى ولد في البطن والحاملة المرأة التي على ظهرها او رأسها حمل
بكسر الحاء (اومرضع) اى ذات الرضاع اى التي لها ولد رضيع وان لم تباشر الارضاع في حال
وصفها والمرضعة التي هي في حال الارضاع ملقمة ثديها الصبي كما في الكشاف وبهذا ظهر ضعف
ماقيل ولايجوز ادخال التاء كما في حائض وطالق لان ذلك من الصفة الثابتة لا الحادثة واذا اريد الحدوث
يجوز ادخال التاء بان يقال حائضة الآن اوغدا (خافت) كل واحدة الضرر باجتهادها او بقول
طبيب مسلم غير ظاهر الفسق (على نفسها اوولدها) المخصوص بالمرضع التي هي ام وهو الظاهر
قيل المراد بالمرضع ههنا الظئر بوجوب الارضاع عليها بالعقد بخلاف الام فان الاب يستأجر
غيرها لكن يرده اضافة الولد اليها لانه لايضاف الى المستأجرة ولان الارضاع واجب على الام ديانة
لاسيما اذا لم تكن للزوج قدرة على استيجار الظئر فصارت كالظئر وللقائل ان يقول الوجوب ديانة
على تقدير القدرة وكلامنا في ان الام حالة الصوم لاتقدر على الارضاع فلا يجب فلا عذر نعم اذا تعينت
الام للارضاع بفقد الظئر او بعدم قدرة الزوج على استيجارها او بعدم اخذ الولد ثدي غير الام
يجب عليه الارضاع لانه افطار بعذر لانه مأمور بصيانة الولد وهي لاتتأتى بدون الافطار فلا خروج
عن عهدة ما في ذمته بدونه فالعذر في نفسه ولاينافيه كونه لاجله وبهذا اندفع ماقيل نعم هو عذر
لكن لافي نفس الصائم بل لاجل غيره ومثله لايعتد به الايرى انه لواكره على شرب الخمر بقتل ابيه اوابنه
لايحل له الشرب (تفطر وتقضي بلافدية) خلافا للشافعي فيما اذا خافت على الولد هو يعتبر
بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه
لانه عاجز بعد الوجوب والولد لاوجوب عليه اصلا كما في الهداية لكن فيما نقلناه عن الزيلعي
آنفا نوع مخالفة الا ان يقال ما في الهداية قول جديد للشافعي تأمل (ويلزم صوم نفل شرع)
اى شروع غير ظنون انه عليه والا لايلزمه كما في الصلاة كما في القهستاني (فيه لا في الايام المنهية)
اى المنهي الصوم فيها وهي يوما العيد وايام التشريق فان صومها لايلزم بالشروع فيه فبالافساد
لايلزم القضاء عند الامام خلافا لهما لان الشروع ملزم فعليه القضاء اذا افسده كما في اكثر المعتبرات

لكن في الكشف ان هذا الخلاف وقع عن ابي يوسف فقط (ولايباح له) اى الشارع للنفل (الفطر
بلاعذر في رواية) وفي رواية اخرى يجوز بغير عذر وهي رواية عن ابي يوسف وفي القهستاني
وعن الشيخين انه يباح وفي الفتح رواية المبتغى وهو قوله يباح الفطر بلاعذر وجه من ظاهر
الرواية وذكر وجهه فليطالع (ويباح له بعذر الضيافة) ضيفا اومضيفا على الاظهر مطلقا وقيل
لا وقيل عذر قبل الزوال لابعده الا اذا كان في عدم الفطر بعده عقوق لاحد الوالدين لاغيرهما
حتى لوحلف عليه رجل بالطلاق الثلث ليفطرن لايفطر كما في الفتح والاعتماد على انه يفطر
ولايحنث سواء كان نفلا اوقضاء كما في البزازية وقال ابو الليث ان كان الافطار لسرور مسلم فيباح
والافلا والصحيح ان تأذى الداعى بترك الافطار يفطر والافلا وقال الحلوانى الاحسن انه ان يثق
من نفسه القضاء والافلا وينبغى ان يقول انى صائم ويسئله ان لايفطر لكن الافضل ان يفطر
ولايقول انى صائم حتى لايعلم الناس سره (ويلزم القضاء) لغير الايام المنهية (ان افطر)
اسقاطا لما اوجب على نفسه (ولونوى المسافر الفطر) في غير رمضان بدليل قوله ويلزم ذلك
ان كان في رمضان ثم نيته الافطار ليست بشرط بل اذا قدم قبل الزوال والاكل وجب عليه
صوم ذلك اليوم بنية ينشئها كما في الفتح (ثم اقام ونوى الصوم في وقتها) اى وقت النية (صح) الصوم
لان المسافر اهل لاينافي صحة الشروع (ويلزم) اى يجب (ذلك ان كان في رمضان) لزوال
المرخص وقت النية ولان السفر لاينافي وجوب الصوم (كما يلزم) اى يجب ذلك الصوم (مقيما
سافر في يوم منه) اى رمضان قال المرغيناني او انشأ السفر بعد الصبح لم يفطر بخلاف ما لومرض
بعده صائما فانه يفطر (لكن لوافطر) المسافر الذى اقام والمقيم الذى سافر (فلا كفارة) عليهما
(فيهما) لقيام شبهة المبيح وهو السفر في اوله اوآخره (ومن اغمى عليه اياما قضاها) ولوكانت
كل الشهر هذا بالاجماع الا ما روى عن الحسن البصرى وابن شريح من اصحاب الشافعى فيما
استوعب فلايقضى كما في المجنون (الا يوما حدث) الاغماء (فيه) اى في هذا اليوم (او) حدث (في ليلته)
فانه لايقضيه لوجود الصوم فيه اذ الظاهر انه نوى في وقتها حملا لحال المسلم على الصلاح كما في
اكثر المعتبرات ويفهم منه انه لاقضاء عليه لواكل وليس هذا وان لايقضى جميع ايام رمضان اذا نوى
في اول الشهر ان يصوم كله مع ان المصرح خلافه والجواب ان كلامهم منوط بعدم الاكل والنية
في اوله يجوز اذ لم يوجد ما ينافيه والاغماء ينافيه (ولوجن) بالضم اى صار مجنونا (كل رمضان) قبل
غروب الشمس من اول الليلة لانه لوكان مفيقا في اول الليلة ثم جن واصبح مجنونا الى آخر الشهر قضى كل
الشهر بالاتفاق غير يوم تلك الليلة كما في الدراية لكن في المجتبى الفتوى على عدم القضاء وكذا لوافاق
في ليلة من وسطه لان الليلة لايصام فيها (لايقضى) لكثرة الحرج في قضائه قال الحلوانى المراد
من قوله كله مقدار ما يمكنه ابتداء الصوم حتى افاق بعد الزوال من اليوم الاخير لايلزمه القضاء على
الصحيح لان الصوم لايصح فيه (وان افاق ساعة منه) فلو افاق قبل الزوال ساعة واو من آخر
رمضان (قضى ما مضى) لوجود سبب وجوب الشهر كله وهو شهود بعض الشهر (سواء بلغ
مجنونا اوعرض له بعده في ظاهر الرواية) وعن محمد انه فرق بين الاصلى والعارض فالحق الاصلى
بالصبى وخص القضاء بالعارض واختاره بعض المتأخرين وهو قول الشافعى (ولو بلغ صبى اواسلم
كافر اواقام مسافر) اى جاء من السفر ونوى الاقامة في محلها (اوطهرت حائض اونفساء في يوم
من رمضان) يعنى اذا حدثت هذه الامور في نهار رمضان (لزمه امساك بقية يومه) وجوبا
اواستحبابا والاول الصحيح لحق الوقت والاصل فيه ان من صار اهلا للاداء في اليوم يؤمر بالامساك
من هذا الوقت وفيه اشعار بانه يمسك بالطريق الاولى من افطر متعمدا اوخطاء اومكرها اودخل
يوم الشك وظهر رمضانيته كما في الخانية (ولايلزم الاولين) اى الصبى الذى بلغ والكافر الذى اسلم

(قضاؤه) اى قضاء ذلك اليوم ولو عند الضحوة لانعدام الاهلية فى اوله (بخلاف الاخيرين) اى المسافر الذى اقام والحائض التى طهرت لاخلاف فى قضاء الحائض لان عايشة رضى الله تعالى عنها قالت كنا نقضى الصوم لا الصلاة وفى القضاء على المسافر والكافر خلاف و يؤمر الصبى بالصوم اذا اطاقه وعن محمد انه يؤدب حينئذ وقال ابو حفص انه يضرب ابن عشر سنين على الصوم كما على الصلاة وهو الصحيح فلو لم يصم ليس عليه القضاء كما فى الزاهدى

﴿ فصل ﴾

فيما يوجبه على نفسه اخره عما اوجبه الله تعالى لانه فرعه (نذر صوم يومى العيد وايام التشريق صح) لان النذر التزام فلا يكون معصية وانما المعصية ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذر (و) لكنه (افطر) احتراز عن المعصية (وقضى) اسقاطا لما اوجبه على نفسه خلافا لزفر والشافعى وهو رواية ابن المبارك عن الامام ورواية ابن سماعة عن ابى يوسف عن الامام لورود النهى عن صوم هذه الايام (وكذا لو نذر صوم السنة) يعنى السنة المعينة او غير المعينة بشرط التتابع وانما قيدنا بذلك لانه لو نذر صوم سنة غير معينة بدون التتابع لم يجزه صوم هذه الايام و يقضى خمسة وثلثين يوما لان السنة المنكرة من غير ترتيب اسم لايام معدودة قدر السنة فلا يدخل فى النذر الايام المنهية ولا رمضان بل يلزمه من غيرها قدر السنة (يفطر هذه الايام) المنهية (و يقضيها) ولو كانت المرأة فانتة قضت مع هذه الايام ايام حيضها ولو نذر صوم شهر غير معين متتابعا فافطر يوما استقبل لانه اخل بالوصف ولو نذر صوم شهر بعينه وافطر يوما لا يستقبل و يقضى حتى لا يقع كله فى غير الوقت كما فى الكافى وقال لله على ان اصوم السبت ثمانية ايام لزمه صوم سبتين ولو قال لله على ان اصوم السبت سبعة ايام لزمه سبعة اسبات لان السبت فى السبعة لا يتكرر بخلاف الثمانية وكذا التسعة وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا وجدت لزمه ما نوى ولو قال لله على ان اصوم الجمعة ان اراد ايام الجمعة عليه سبعة ايام وان اراد الجمعة لزمه ذلك كما فى البزازية (ولا عهدة) عليه (لو صامها) اى لا قضاء لانه اداه كما التزمه فانما وجب ناقصا يجوز ان يتأدى ناقصا وفى الغاية ويكره صوم عرفة بعرفات وكذا صوم يوم التروية لانه يعجزه عن اداء افعال الحج والا فصومهما مستحب وصوم السبت مفردا مكروه لما فيه من التشبه باليهود وكذا صوم النيروز والمهرجان اذا تعمده فان وافق صومه فلا بأس ولا بأس بصوم يوم الجمعة عند الطرفين خلافا لابى يوسف وكذا صوم الوصال ومن صام يوما وافطر يوما فحسن قيل انه صوم داود عليه السلام وهو افضل من صوم الدهر وصوم الصمت مكروه لانه من فعل المجوس (ثم ان نوى) بقوله على صوم هذه الايام او السنة (النذر فقط او نواه) اى النذر (ونوى ان لا يكون يمينا او لم ينو شيئا كان نذرا فقط) لانه نذر بصيغته وقد قرره بعزيمته فى الاوليين واما فى الاخيرة فاللفظ موضوع له فلا يحتاج الى النية (وان نوى اليمين وان لا يكون نذرا كان يمينا فحسب) لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره (فيجب بالفطر كفارة اليمين لا القضاء) لعدم الالتزام والكفارة موجبها الحنث فى هذا المقام (وان نواهما) اى النذر واليمين (او) نوى (اليمين فقط) بلا نفى النذر (كان نذرا ويمينا) عند الطرفين (فيجب القضاء) لكونه نذرا (والكفارة) لكونه يمينا (ان افطر وعند ابى يوسف نذر فى الاول) اى فيما نواهما (ويمين فى الثانى) اى فيما اذا نوى اليمين فقط لان النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية و يتوقف الثانى فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنية وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما انه لا تنافى بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتى التبرع والمعاوضة فى الهبة بشرط العوض كما فى الهداية قال فى الاصلاح ان صاحب الهداية جعل اليمين معنى مجازيا والعلاقة بين النذر واليمين ان النذر ايجاب لمباح فيدل على تحريم ضده وتحريم الحلال يمين لقوله تعالى لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم

واورد عليه بانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز واجيب عنه بان الجمع بينهما فى الارادة لايجوز وهنا ليس كذلك فان النذر لايثبت بارادته بل بصيغته انشاء للنذر سواء اراد اولم يرد مالم ينو انه ليس بنذر اما اذا نوى انه ليس بنذر يصدق فيما بينه وبين الله تعالى فان هذا امر لامدخل لقضاء القاضى والمعنى المجازى يثبت بارادته فلا جمع بينهما فى الارادة وهذا بحث طويل فليطلب من الاصول والمطولات (ولايكره اتباع الفطر بصوم ستة من شوال) فى المختار لانه وقع الفصل بيوم الفطر فلايلزم التشبه باهل الكتاب فليس بمكروه بل هو مستحب وسنة لورود الحديث فى هذا الباب والاتباع المكروه هو ان يصوم الفطر ويصوم بعده خمسة ايام (وتفريقهـا) اى صوم الستة افضل لانه (ابعد عن الكراهة والتشبه بالنصارى) فى زيادة صيام ايام على صيامهم

﴿باب الاعتكاف﴾

(هو) لغة اللبث من العكف اى الحبس ومنه الاعتكاف فى المسجد لانه حبس النفس ومنعها اومن العكوف اى الاقامة وجه تقديم الصوم على الاعتكاف وجه تقديم الوضوء على الصلاة (سنة مؤكدة) مطلقـا وقيل فى العشر الاخير من رمضان لمواظبته عليه الصلوة والسلام على ذلك منذ قدم الى المدينة حتى قبض وقضائه فى شوال حين ترك وقيل مستحب وقيل سنة على الكفاية حتى لو ترك اهل بلدة باسرهم يلحقهم الاساءة والا فلا كالتأذين والحق انه على ثلثة اقسام واجب وهو المنذور وسنة مؤكدة وهو اعتكاف العشر الاخير من رمضان ومستحب وهو فى غيره من الايام كما فى التبيين ولهذا قال (ويجب بالنذر) لانه عبـادة الزم نفسـه بهـا (وهو) اى الاعتكاف شرعا (اللبث) اى لبث المعتكف بضم اللام وفتحها اى قراره (فى مسجد جماعة) تصلى فيـه الخمس اولا وقيل تقوم فيه جماعة ولو مرة فى يوم وقيل يصح فى الجامع بلا جماعة والصحيح انه يصح فيما اذن واقيم وفى المضمرات الافضل فى المسجد الحرام ثم مسجد المدينة ثم مسجد بيت المقدس ثم المساجد التى كثر اهلها (مع النيـة) فالركن اللبث والكون فى المسجد والنيـة شرطان للصحة واذا اراد ايجـاب الاعتكاف ينبغى ان يذكر بلسانه ولايكفى لايجابه النية كما فى البزازية وفى القهستانى ويجب بمجرد قصد القلب وروى عن الامام انه يجب بمجرد الشروع لكن اذا لم ينو لايعد اعتكافا (واقله) اى اقل مدة الاعتكاف الواجب (يوم عند الامام واكثره) اى اكثر اليوم (عند ابى يوسف) لان للاكـثر حكم الكل (و) اقل مدة اعتكاف النفل (ساعة عند محمد) فى الاصل وليس الصوم شرطا للنفل على ظاهر الرواية حتى لو دخل المسجد بنية الاعتكاف وهو معتكف عنده فلو شرع فى نفله ثم قطعه لايلزمه قضاؤه على الظاهر لانه غير مقدر فلم يكن قطعه ابطالا (والصوم شرط فى الاعتكاف الواجب) رواية واحدة فاقله مقدر باليوم اتفاقا لقوله عليه الصلاة والسلام لااعتكاف الا بالصوم وهو حجة على الشـافعى لانه يقول الصوم ليس بشرط والمراد بالصوم ان يكون مقصودا للاعتكاف من ابتدائه فلو نذر الاعتكاف قبل الزوال فى يوم صامه لم يصح عنده خلافا لهما (وكذا فى النفـل فى رواية) عن الامام فاقله يوم عند الامام على هـذه الرواية (والمرأة تعتكف) باذن زوجها (فى مسجد بيتها) لانه هو الموضع المعد لصلاتها فيتحقق انتظارها فيه ولاتعتكف فى غير مصلاها فى بيتها واذا اعتكفت لاتخرج من مسجد بيتها الا لاجل الحاجة وان لم يكن فى بيتها مصلى لاتعتكف قيل ولو اعتكفت فى مسجد الجماعة جاز والاول افضل ومسجد حيها افضل لهـا من المسجد الاعظم وقال الشافعى لايجوز لها ان تعتكف فى مسجد بيتهـا (ولايخرج المعتكف) من المسجد (الالحاجة الانسـان) كالطهارة ومقدماتهـا وهذا التفسير احسن من ان يفسر بالبول والغائط تدبر ولايتوضأ فى المسجد او عرصته خلافا لمحمد ولابأس بان يدخل بيته للوضوء ولايمكث بعد الفراغ (اوالجمعـة) لانها من اهم حوائجه خلافا للشافعى هو يقول يمكنه الاعتكاف فى الجامع فلاضرورة فى الخروج وانـا ان الاعتكاف فى كل مسجد مشروع فاذا صح الشروع

فالضرورة مطلقة الخروج (في وقت يدركها) اي يخرج في وقت يمكنه ادراكها ان كان المعتكف
بعيدا وان كان قريبا يخرج وقت الزوال لان الخطاب يتوجه اليه بعده (مع سنتها) وهي اربع
قبلها وفي رواية الحسن عندنا ركعتان تحية واربع سنة ولو قال والسنن لكان اشمل لرواية الحسن
ويجوز بعدها في الجامع اربعا او ستا على حسب اختلاف الاخبار في النافلة بعد الجمعة لا على خلاف
الامامين اذ لا وجه له لاعتباره ههنا فانه لا مضايقة في الخروج عندهما كما في الاصلاح (ولا يلبث
في الجامع اكثر من ذلك فان لبث) اكثر من ذلك ولو يوما (فلا فساد) لانه محل له غير انه يوجب
المخالفة لالتزامه المكث في معتكفه فكره كما في مختارات النوازل (فان خرج) من المسجد ولو ناسيا
(ساعة بلا عذر فسد) اعتكافه عند الامام لوجود المنافي ولو قليلا وهو القياس اما لو خرج بعذر
شرعي كانهدام المسجد او تفرق اهله بحيث بطلت الجماعة منه او لاخراج ظالم له كرها ولخوف
على نفسه او ماله من المكابرين فدخل آخر من ساعته لم يفسد اعتكافه استحسانا وفيه اشارة
الى انه لا يخرج لعيادة المريض ومجلس العلم وصلاة الجنازة وانجاء الغريق والحريق والجهاد
ولو كان النفير عاما واداء الشهادة فانه يفسد ولكن لا يأثم كما في اكثر المعتبرات وفي الجوهرة فحكم بعدم
الفساد فيما اذ تعينت عليه الشهادة وعلى هذا الجنازة اذا تعينت (وعندهما لا يفسد ما لم يكن)
الخروج (اكثر اليوم) وهو الاستحسان لان في القليل ضرورة ولا ضرورة في الكثير وقوله اقيس
وقولهما ايسر للمسلمين هذا كله في الاعتكاف الواجب واما في النفل فلا بأس بان يخرج بعذر
وبغير عذر (واكله) اي المعتكف (وشربه ونومه فيه) اي في المسجد فان خرج لاجلها بطل
لانه لا ضرورة الى الخروج حيث جازت فيه (ويجوز له ان يبيع ويبتاع) اي يشتري (فيه) اي
في المسجد (بلا احضار السلعة) فانه مكروه لانه من امارات السوق وقال يعقوب باشا الظاهر
من هذا الاطلاق جواز البيع والشراء مطلقا لكن في الذخيرة ان المراد به ما لا بد منه من الطعام
ونحوه واما اذا اراد ان يتخذ ذلك متجرا فيكره وقال الزيلعي الصحيح هذا وفي بعض الشروح
ان في قول صاحب الهداية لانه يحتاج الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحوائجه دلالة على هذا وفيه
منع الدلالة كما لا يخفى فليتأمل (ولا يجوز) البيع والشراء في المسجد وكذا كره فيه التعليم والكتابة
والخياطة باجر وكل شيء كره فيه كره في سطحه واستثنى البزازي من كراهة التعليم باجر فيه ان كان
لضرورة وفي الشمني ان الخياط يحفظ المسجد فلا بأس بخياطته فيه (لغيره) اي المعتكف واما
الاكل والشرب فلا يكره على الصحيح (ويحرم عليه) اي المعتكف (الوطئ) ولو خارج المسجد
لقوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد (ودواعيه) اي وكذا يحرم دواعي الوطئ
وهو اللمس والقبلة وغيرهما لانها مؤدية اليه (ويفسد) الاعتكاف (بوطئه ولو ناسيا) انزل او لا خص
الوطئ بالذكر لانه ان اكل او شرب في النهار ناسيا لا يبطل اعتكافه والفرق ان حالة المعتكف
مذكرة كحالة الاحرام والصلاة فلا يعذر بالنسيان بخلاف حالة الصوم وعند الشافعي لا يبطل
اذا كان ناسيا وكذا في الدواعي بلا شهوة (او في الليل) لان الليل محل الاعتكاف كالنهار
(و) كذا يفسد (باللمس والقبلة والوطئ في غير فرج ايضا ان انزل) لان هذه الاشياء مع الانزال
في معنى الجماع وان امنى بالتفكر او النظر لا يفسد (والا) اي وان لم ينزل (فلا) يفسد لعدم الجماع
صورة ومعنى وان حرم (ويكره له الصمت) ان اعتقد ان الصمت قربة للنهي عنه والا فلا يكره
(و) يكره (الكلام الا بخير) اي بما لا اثم فيه فان حرمة التكلم بالشر في وقت الاعتكاف اشد منه
في غيره (ومن نذر) بلا نية الليالي (اعتكاف ايام لزمته) اي لزمت (بلياليها) المتقدمة
عليها لان ذكر احد العددين على طريق الجمع ينتظم ما بازائه من العدد الاخر وفيه
اشعار بان من نذر اعتكاف ليال لزمه بايامها المتأخرة (وان نذر) الاعتكاف (يومين) بلا نية

ليلتيهما (لزماه بليلتيهما) وكذا العكس في ظاهر الرواية لان المثنى كالجمع (خلافا لابي يوسف في الليلة الاولى منهما) لان الاعتكاف لايكون بالليل الا تبعا لضرورة الاتصال اذ الاصل فيه الاتصال وهذه الضرورة لم توجد في الليلة الاولى (وان نوى النهر) جمع نهار يعني ان نوى في نذره اعتكاف ايام (خاصة) اى خصت بنية النهار وانفردت من نية الليل خاصة وانفرادا منها والجملة حال من النية (صحت) نيته في الصورتين لانه نوى حقيقة كلامه بخلاف مالو نوى بالايام الليالي خاصة فانه لاتصح نيته ولزمه الليالي والنهر لانه نوى مالايحتمله كلامه كما لو نذر اعتكاف شهر ونوى النهار خاصة اونوى الليل خاصة فانه لاتصح نيته لان الشهر اسم لعدد مقدر مشتمل على الايام والليالي فلايحتمل مادونه (ويلزم التتابع وان) وصلية (لم يلتزمه) بخلاف الصوم والفرق ان الليالي قابلة للاعتكاف غير قابلة للصوم فيلزم الاعتكاف على التتابع حتى ينص على التفريق ويلزم الصوم على التفريق حتى ينص على التتابع (ويلزم الاعتكاف بالشروع) يعني اذا شرع في الاعتكاف النفل فقطعه قبل تمام يوم فعليه القضاء لان اقله يوم على رواية (الا عند محمد) فلايلزمه الاتمام لان اقله ساعة عنده

﴿كتاب الحج﴾

الوجوه المذكورة في ترتيب ماتقدم من الكتب تقتضي تأخير الحج الى هنا ووجه تقديمه على النكاح كون الحج من العبادات المحضة وليس النكاح كذلك (هو) لغة القصد الى معظم لامطلق القصد كما ظن ومنه قول القائل * يحجون سب الزبرقان المزعفر * اى يقصدون له معظمين اياه كما في المبسوط والفتح والكسر لغة نجد والفتح لغيرهم وقيل بالفتح اسم وبالكسر مصدر وقيل بالعكس لكن قرئ في التنزيل بهما وهو نوعان الحج الاكبر حج الاسلام والاصغر العمرة كما في النتف وشرعا (زيارة مكان مخصوص) المراد بالزيارة الطواف والوقوف وبالمكان المخصوص البيت الشريف والجبل المسمى بعرفات ولو قال قصد مكان ليتضمن الشرعي واللغوي مع زيارة الا ان يقال الزيارة تتضمن القصد واراد بالمكان جنسه ولذا قال في الاصلاح هو زيارة بقاع مخصوصة فعم الركنين وغيرهما كمزدلفة ومثله في البحر (في زمان مخصوص) وهو اشهر الحج (بفعل مخصوص) وهو الطواف والسعي والوقوف محرما (فرض) الحج لقوله تعالى ولله على الناس حج البيت الاية في هذه الاية الشريفة انواع من التأكيد منها قوله تعالى ولله على الناس يعني انه حق واجب لله في رقاب الناس لان على للالزام ومنها انه ذكر الناس ثم ابدل منه من استطاع وفيه ضربان من التأكيد احدهما ان الابدال تنبيه للمراد وتكرير له والثاني ان الايضاح بعد الابهام والتفصيل بعد الاجمال ايراد له في صورتين مختلفتين ومنها قوله تعالى ومن كفر مكان ومن لم يحج تغليظا على تارك الحج بعد الاستطاعة ولذا قال عليه السلام من مات ولم يحج فليمت ان شاء يهوديا وان شاء نصرانيا ومنها ذكر الاستغناء وذا دليل السخط على التارك والخذلان ومنها قوله تعالى عن العالمين ولم يقل عنه لانه اذا استغنى عن العالمين تناوله الاستغناء لامحالة ولانه يدل على الاستغناء الكامل فكان ادل على عظم السخط كما في الكشاف ولقوله عليه الصلاة والسلام بني الاسلام على خمس ومن جملتها الحج وعلى فرضيته انعقد الاجماع (في العمر مرة) لان النبي عليه الصلوة والسلام قيل له ايحج في كل عام ام مرة واحدة فقال لابل مرة فازاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لايتعدد فلايتكرر الوجوب كما في الهداية وغيرها لكن في تمام هذا التعليل كلام لان الوجوب قد يتكرر مع عدم التعدد في السبب كما في وجوب الفطرة فانه يتكرر بتكرر وقته مع اتحاد السبب وهو الرأس تأمل (على الفور) اى على ان فعله فرض على الفور والمراد من الفور ان يتعين اشهر الحج من العام الاول للاداء (عند ابي يوسف) وهو ماذكره ابن شجاع عن الامام انه سئل عمن له مال ايحج به ام يتزوج فقال بل يحج به فذلك دليل على ان الوجوب عنده على الفور ووجه دلالته على ذلك ان في التزويج تحصين النفس الواجب على كل حال

والاشغال بالحج يفوته ولو لم يكن وجوبه على الفور لما امر بما يفوت الواجب مع امكان حصوله فى وقت آخر لما ان المال غاد ورايح كما فى العناية وغيرها لكن ان اريد النكاح مطلقا فهو ليس بواجب فلا يتم الدليل وان اريد النكاح حال التوقان فهو مقدم على الحج اتفاقا لان فى تركه امرين ترك الفرض والوقوع فى الزنا وماروى عن الامام فى مطلق النكاح لافى النكاح حالة التوقان بل وجه دلالته على انه لو كان وجوب الحج على التراخى لما قدمه على النكاح وهو سنة فى الحال اذ فى تقديمه تفويت للسنة ولا شئ فى تأخيره على تقدير التراخى فحيث قدمه علم انه فورى كما قال ابن كمال الوزير وهذا اصح الروايتين عن الامام وهو المختار ولذا سقطت عدالته بالتأخير (خلافا لمحمد) والشافعى فان عندهما يجوز التأخير لكن التعجيل افضل لان الحج وظيفة العمر الا يرى انه لو ادى فى السنة الثانية او الثالثة يكون مؤديا لا قاضيا ولو تعين الاولى لكان فى السنة الثانية قاضيا لا مؤديا فكان العمر كالوقت للصلاة وتأخير الصلاة الى آخر الوقت يجوز فكذا تأخير الحج الى آخر العمر بشرط ان لا يفوت بالموت يجوز وقال الكرمانى على هذا القول فلو لم يحج حتى مات فهل يأثم بذلك فيه ثلثة اوجه احدها انه لا يأثم بذلك لانا جوزنا التأخير فلم يكن مرتكبا محظورا بعد ذلك والثانى انه يأثم لانا انما جوزنا التأخير بشرط السلامة والاداء وهذا اصح الاقوال والثالث ان خاف الفقر والضعف والكبر فلم يحج حتى مات يأثم وان ادركته المنية فجأة قبل خوف الفوات لم يأثم واما اذا ظن الموت بالامارات فيأثم بالفوت اتفاقا لان العمل بدليل القلب واجب عند فقدان غيره وفى المنح وينبغى ان لا يصير فاسقا مردود الشهادة على قول ابى يوسف المعتمد بل لابد ان يتولى عليه سنون لان التأخير فى هذه الحالة صغيرة لانه مكروه تحريما ولا يصير فاسقا بارتكابها مرة بل لابد من الاصرار عليها وهذا ظاهر بعد ما تقرر ان الفورية ظنية لان دليل الاحتياط ظنى ولو حج فى آخر عمره ليس عليه الاثم بالاجماع ولو حج الفقير ثم استغنى لم يحج ثانيا لان شرط الوجوب التمكن من الوصول الى موضع الاداء الا ترى ان المال لا يشترط فى حق المكى وفى النوادر انه يحج ثانيا (بشرط) متعلق بفرض (اسلام وحرية وعقل وبلوغ) فلا يفرض على الكافر والعبد ولو مدبرا او ام ولد او مكاتبا او مأذونا له فى الحج ولو كان بمكة ولا على الصبى وكذا المجنون فانه غير مخاطب كالصبى وهو اختيار فخر الاسلام وذهب الدبوسى الى انه مخاطب بالعبادات احتياطا (وصحة) المراد من الصحة التى اشترطت فى وجوب الحج سلامة البدن عن الآفات المانعة عن القيام بما لابد منه فى سفر الحج فلا يفرض على مقعد وزمن ومفلوج ومقطوع الرجلين ولا على المريض او الشيخ الفانى الذى لا يثبت نفسه على الراحلة عند الامام وفى رواية عنهما وعندهما وفى رواية عنه يفرض فيلزم الاحجاج بالمال عندهما خلافا له وظاهر كلامه ان الصحة شرط الوجوب وهو الاصح لكن الصحيح انه شرط الاداء فعلى هذا يلزم على المريض الايصاء لا على الاول كما فى النهاية (وقدرة زاد وراحلة) وهما من شروط الوجوب عند الفقهاء وقال فى الفتح ان القدرة على الزاد والراحلة شرط الوجوب لا نعلم عن احد خلافه ومراده عن احد من الفقهاء لان اهل الاصول قالوا هما من شروط وجوب الاداء لا من شروط الوجوب كما حقق فى موضعه القدرة على الزاد ان يملك ما يفى من النفقة وحوايج السفر ذاهبا وجائيا والقدرة على الراحلة ان يكون له ما يفى تملكها او اجارتها وفى صورة الاباحة لا قدرة اذ للمبيح ان يمنعه عن التصرف فيه فيزول التمكن ولو كان المبيح من جهة من لا منة عليه كالقريب وقال الشافعى ان كانت الاباحة من جهة من لا منة عليه يجب والا ففيه قولان وعند مالك يجب بلا زاد ولا راحلة بان قدر عليه بالكسب اذا اعتاد المشى والراحلة على ما قاله الازهرى البعير القوى على الاسفار والاحمال التام الخلق يطلق على الذكر والانثى والتاء للمبالغة وفيه اشارة الى انه لو قدر على غير الراحلة من بغل وحمار لا يجب لكن فى البحر ولم اره صريحا وانما صرحوا بالكراهة ويعتبر

فى حق كل انسان مايبلغه فمن قدر على رأس زاملة وهى البعير الذى يحمل عليه المسافر طعامه ومتاعه وامكنه السفر عليه وجب والا بان كان مترفها فلابد ان يقدر على مايكترى به شق محمل اى نصفه لان للمحمل جانبين و يكفى للراكب احد جانبيه والمحمل بفتح الميم الاول وكسر الثانى او العكس الهودج الكبير وان امكنه ان يكترى عقبه اى مايتعاقبه عليه فى الركوب فرسخا فرسخا اومنزلا منزلا فلايجب لانه غير قادر على الراحلة فى جميع الطريق و هو شرط ولو قادرا على المشى واشتراط القدرة على الزاد عام فى حق غير المكى واما فيه فلا ومن حولها كاهلها لانهم لايلحقهم مشقة فاشبه السعى الى الجمعة اما اذا كان لايستطيع الى المشى اصلا فلابد منه فى حق الكل وفى السراجية الحج راكبا افضل من الحج ماشيا و عليه الفتوى و فى القهستانى و فيه اشارة الى انه لايجب بالمال الحرام لكن ان حج به جاز لان المعاصى لاتمنع الطاعات فاذا اتى بها لايقال انها غير مقبولة والمتبادر ان هذه الامور شرط عند خروج قافلة بلده فان ملكهما قبله فلا يأثم بصرفه الى حيث شاء (ونفقة ذهابه وايابه) عطف تفسيرى لزاد ولو تركه لكان اخصر (فضلت) حال بتقدير قد (عن حوايجه الاصلية) كأثاث المنزل وآلات المحترفين كالكتب لاهل العلم والمسكن وان كان كبيرا يفضل عن حاجته فلايجب بيعه والاكتفاء بدونه ببعض ثمنه والحج بالباقى لكن ان فعل وحج كان افضل (ونفقة عياله) بالكسر اى من لزمه نفقته كالزوجات والاولاد الصغار والخدم (الى حين عوده) الى وطنه من ابتداء سفره فلايشترط بقاء نفقة يوم بعد العود وقيل يشترط وعن ابى يوسف بعد عوده بشهر لانه لايمكنه الكسب عقيب القدوم فيقدر ذلك بشهر (مع امن الطريق) لانه لايقدر على الوصول الى المقصود دونه والمعتبر غلبة السلامة فى الطريق على المفتى به وفى الشمنى ولو كان الطريق بحرا لايجب الحج ولو كان نهرا كسيحون والفرات يجب وقال الكرمانى ان كان الغالب فى البحر السلامة فى موضع جرت العادة بركوبه يجب و ظاهره ان امن الطريق شرط الوجوب وفى الاصلاح وهو الصحيح وفى النهاية انه شرط الاداء وهو الصحيح فيلزمه الايصاء (و) مع وجود (زوج او محرم) اى الذى حرم عليه نكاحها ابدا بقرابة او رضاع او صهارة مسلما او عبدا او كافرا فلاينتظم الزوج ولذلك ذكره (لامرأة) الشابة والعجوز بعد ما كانت خالية عن العدة اى عدة كانت وظاهره ان المحرم شرط الوجوب وفى الاصلاح وهو الصحيح لكن فى الجوهرة ان الصحيح انه من شرائط الاداء حتى يجب الايصاء به (ان كان بينها) اى بين مكان المرأة (و بين مكة مسافة سفر) اى مسافة ثلثة ايام ولياليها لانه لو كان اقل منها يجوز بلا محرم (ولاتحج) المرأة (بلا احدهما) اى الزوج او المحرم الا عند الشافعى ومالك تحج مع النساء الثقات لحصول الامن بالرافقة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاتحجن امرأة الا ومعها محرم ولان بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزاد بانضمام غيرها اليها فلايفيد كون النساء الثقات معها وهذا الحديث معلل بدفع خوف الفتنة والزوج ادفع له فيلحق بالمحرم دلالة و لاخوف فيما دون الثلث فلايتناوله الحديث و بهذا اندفع ما فى الفرائد وغيره فليطالع (وشرط كون المحرم عاقلا بالغا) لان الصبى والمجنون عاجزان عن الصيانة (غير مجوسى) لانه يستحل نكاحها (ولافاسق) لانه غير امين والا فلايجب عليها كما فى الخزانة (ونفقته) اى المحرم (عليها) اى على المرأة اذا لم يرافقها الا بنفقتها ويجب التزوج عليها لتحج معه هذا على قول من قال هو من شرائط الاداء وفى شرح الطحاوى لاتجب ما لم يخرج المحرم بنفقته ولايجب عليها التزوج هذا على قول من قال هو من شرائط الوجوب كما فى اكثر الكتب لكن قال ابن كمال الوزير وفى المبسوط ثم يشترط ان تملك قدر نفقة المحرم لان المحرم اذا كان يخرج معها فنفقته فى مالها الا فى رواية عن محمد لانه غير مجبر على الخروج فاذا تبرع به لايستوجب تبرعه النفقة عليها ووجه ظاهر الرواية انها لاتتوسل

الى اداء الحج الابه فنفقته ايضا مما لابد منه فى ادائه شرط الوجوب او شرط الاداء انتهى و بهذا التقرير تبين ان القول بوجوب النفقة على قول من قال هو من شرائط الاداء وعدم وجوبها على قول من قال هو من شرائط الوجوب ليس فى محله تدبر (وتحج) المرأة (معه) اى المحرم (حجة الاسلام) اى الحج الفرض (بغير اذن زوجها) وقت خروج اهل بلدها او قبله بيوم او يومين وليس له منعها عن حجة الاسلام وله منعها عن كل حج سواها كما قال رشيد الدين فى المناسك وقال الشافعى له منعها مطلقا (فلو احرم) من ميقات هذا تفريع على ما مر من الشرائط (صبى او عبد فبلغ) الصبى (او اعتق) العبد (فمضى) كل منهما على احرامه واتم اعمال الحج (لا يجوز عن فرضه) لان الاحرام انعقد للنفل فلا يتأدى به الفرض خلافا للشافعى واما ما قيل و لو احرم صبى عاقل فبلغ و قيدنا بالعاقل لانه ان كان لا يعقل فاحرم عنه ابوه صار محرما و قد اخل بهذا القيد فى الكنز فليس بسديد تدبر (فان جدد الصبى) بعد البلوغ قبل الطواف والوقوف (احرامه) بان يرجع الى ميقات من المواقيت و يجدد التلبية بالحج (للفرض صح) ذلك التجديد لانه لعدم الاهلية لم يكن احرامه لازما فلو رجع الى تجديد الاحرام ادى فرضه (بخلاف العبد) اى لا يصح تجديد احرام العبد المعتق لانه لاهليته الاحرام كان احرامه لازما فلا يخرج عنه الا بالاتمام وفى الفتح والكافر والمجنون كالصبى فلو حج كافر او مجنون فافاق واسلم فجدد الاحرام اجزأهما (وفرضه) اى فرض الحج الاعم من الركن والشرط كما فى القهستانى (الاحرام) وهو عبارة عن مجموع النية بالقلب والتلبية باللسان وفضل بعضهم ذكر النية باللسان ايضا مع ملاحظة القلب اياها (و هو شرط) ابتداء حتى جاز تقديمه على اشهر الحج كالطهارة للصلاة وله حكم الركن انتهاء حتى لم يجز لفائت الحج استدامته ليقضى به من العام القابل (والوقوف) اى الحضور ولو ساعة منذ زوال عرفة الى طلوع فجر النحر (بعرفة وطواف الزيارة) اى الدوران حول البيت فى يوم من ايام النحر سبع مرات (وهما ركنان) للحج اتفاقا و يقوم اكثر طواف الزيارة مقام الكل فى حق الركن (وواجبه) اى الحج (الوقوف بمزدلفة) ويسمى جمعا ايضا اى الوقوف بجمع ولو ساعة من بعد صلاة فجر النحر الى ان يسفر جدا وانما سميت بفعل اهلها لان الحاج يجمع فيها بين الصلاتين او لان آدم عليه الصلاة والسلام اجتمع مع حواء فيها وازدلف اليها اى دنا وعند الشافعى هو ركن فى احد قوليه و فى الآخر هو سنة (والسعى) اى سبع مرات (بين) اعلى (الصفا) بالقصر (و) اعلى (المروة) فيفيد ان صعودهما واجب لجوازه بعد التحلل من الاحرام ولو كان ركنا لما كان كذلك لكن فى الكلام اشكال من وجهين احدهما انه لا يجب الا المشى والثانى ان السعى مسنون فى بطن الوادى لا غير كما سيجىء وهما جبلان شرقيان الاول مائل الى جنوب البيت والثانى الى شماله ما بينهما ستة وستون وسبعمائة ذراع كما فى القهستانى وعند الشافعى انه ركن (ورمى الجمار) اى رمى سبعين جمرة فى ايام النحر والتشريق للافاقى وغيره وهى عدة حصيات اجتمعت فى المناسك وسميت جمرة لتجمرها هنالك واضافة الرمى الى الجمار لادنى ملابسة والمعنى رمى الحصاة الى الجمار والمقصود الاصلى منه اتباع سنة الخليل عليه الصلوة والسلام لانه لما امر بذبح الولد جاء الشيطان يوسوسه كان ابراهيم عليه الصلاة والسلام يرمى الاحجار طردا له فكان نسكا (وطواف الصدر) بالتحريك وفى النتف انه سنة وهو مذهب الشافعى والمعنى طواف البيت عند الرجوع الى مكانه (للافاقى) اى الخارج من المواقيت فلم يجب على المكى اذ لا وداع عليه وقال ابو يوسف احب للمكى قال اهل اللغة الافاق النواحى والواحد افق والنسبة اليه افقى واما الافاقى فمنكر فان الجمع اذا لم يسم به لا ينسب اليه وانما ينسب الى واحده ويمكن ان يقال ان الجمع بالاشتهار وغلبة الاستعمال يأخذ حكم التسمية به فيجوز النسبة اليه بعد ذلك كما فى الاصلاح ويمكن ايضا ان يقال ان الافاق ليس بجمع حتى وجب رده فى النسبة الى الواحد فمن سيبويه

ان الافعال للواحد وقال بعض العرب هو العام كما فى الفائق وغيره تدبر (والحلق والتقصير) هو اخذ روس الشعر بقدر انملة عند الخروج عن الاحرام الا ان الحلق افضل وقيل انه سنة (وكل ما يجب بتركه الدم) سيأتى تفصيل الكل ان شاء الله تعالى (وغيرها) اى الفرائض والواجبات (سنن) تاركها مسئ (وآداب) تاركها غير مسئ وسيجئ تفصيله ان شاء الله تعالى (واشهره) اى اشهر الحج التى لايصح شئ من افعاله الا فيها (شوال وذو القعدة) بكسر القاف والسكون ويجوز فتحها (والعشر الاول من ذى الحجة) بكسر الحاء وحكى فتحها لكن قال المطرزى الفتح لم يسمع وهو المراد فى قوله تعالى الحج اشهر معلومات وهو مروى عن العبادلة وعبدالله بن زبير فالمراد حينئذ من الجمع شهران و بعض شهر مجازا حيث جعل بعض الشهر شهرا وما فى المنح من ان اسم الجمع يشترك فيه ماوراء الواحد بدليل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما فلا سؤال فيه اذا وانما يكون موضوعا للسؤال لوقيل ثلثة اشهر معلومات كذا فى الكشاف ليس بسديد فانه قول مرجوح لايليق بفصاحة القرأن كما فى القهستانى (ويكره) كراهة التحريم (الاحرام له) اى الحج (قبلها) اى الاشهر سواء امن على نفسه من المحظورات اولا بخلاف تقديم الاحرام على المواقيت فى الاشهر وهو الحق وفى المحيط ان امن من الوقوع فى محظور الاحرام لا يكره وفى النظم انه يكره الا عند ابى يوسف وفى القول الجديد للشافعى لايجوز و ينعقد عمرة (والعمرة سنة) مؤكدة وقيل فرض كفاية وهو قول محمد بن الفضل البخارى وقيل واجبة لافرض عين كما قال الشافعى فان قلت ماجوابك عن قوله تعالى (واتموا الحج والعمرة لله فانه امر وهو يفيد الافتراض قلت الاتمام يكون بعد الشروع ولا كلام لنا فيه لان الشروع ملزم وكلامنا فيما قبل الشروع والمراد انها سنة فى العمر مرة واحدة فمن اتى بها مرة فقد اقام السنة غير مقيد بوقت غير ماثبت النهى عنها فيه الا انها فى رمضان افضل وجازت فى كل السنة لكن كرهت يوم عرفة وار بعة بعدها (والمواقيت) جمع الميقات وهو مشترك بين الوقت المعين والمكان المعين والمراد هنا هو الثانى لان المراد مواقيت الاحرام اى المواضع التى لايجاوزها الا محرما كما فى اكثر المعتبرات وهى ثلاث ميقات الافاقى وميقات اهل الحل وميقات اهل الحرم والمراد هنا هو الاول قال فى الغاية لو جاوز الميقات كافر يريد الحج ثم اسلم فلاشئ عليه للمجاوزة بغير احرام وكذا الصبى لانه ليس باهل ذكره فى الدراية كذلك الحطابون من اهل مكة اذا جاوزوا الميقات كان لهم دخول مكة بغير احرام ذكره فى الحقايق فالعموم المفهوم من المواضع التى لايجاوزها الا محرما ليس بذاك قال ابن حجر انه عليه الصلوة والسلام وقتها لاهل الافاق قبل الفتوح لاعلم انه ستفتح ثم قيل ميقات الحج نوعان زمانى ومكانى اما الزمانى فاشهر الحج كما قررناه آنفا واما المكانى فخمسة الاول (للمدنيين) والمدنى كالمدينى منسوب الى مدينته عليه الصلاة والسلام (ذوالحليفة) بضم الحاء المهملة وفتح اللام على المصغر مكان على ار بعة اميال من المدينة وعلى ثلاث مائة ميل من مكة فهو ابعد المواقيت اما لعظم اجور اهل المدينة واما للرفق باهل سائر الافاق فان المدينة اقرب الى مكة من غيرها (و) الثانى (للشاميين) واهل مصر وغيرهما من ارض المغرب (جحفة) بضم الجيم وسكون الحاء المهملة سمى بها لان قوما نزلوا فيها فاجحفهم السيل اى استأصلهم واسمها فى الاصل مهيعة قال النووى بينها و بين مكة ثلث مراحل وعلى ثمانى مراحل من المدينة وهى قرية بين الغرب والشمال من مكة من طريق تبوك قيل ان الجحفة قد ذهب اعلامها ولم يبق منها الا رسوم خفيفة فلذا تركها الناس الآن الى رائغ بالراء والهمزة والغين المعجمة و بعضهم يجعله برابغ ورابغ احتياطا لانه قبل الجحفة بنصف مرحلة اوقريب من ذلك (و) الثالث (للعراقيين) والخراسانى واهل ماوراء النهر واهل المشرق (ذات عرق) بكسر العين وسكون الراء ارض سبخة على ستة وار بعين ميلا من مكة وقيل مرحلتان وانما سمى بها لان فيها جبلا

صغيرا يسمى بالعرق (و) الرابع (للنجديين) ومن سلك هذا الطريق (قرن) بسكون الراء جبل مطل على عرفات بينه وبين مكة نحو مرحلتين ويسميه العرب قرن المنازل * قال قائلهم الم يسئل الربع ان ينطقا * بقرن المنازل قد اخلقا * وزعم الجوهري انه بالتحريك فاخطأ واما اويس القرني فنسبته الى بني قرن ومن ظن انه منسوب الى هذا الميقات فقد سهى (و) الخامس (لليمنيين) والتهاميين وغيرهما (يلملم) بفتح الياء واللامين وسكون الميم مكان جنوبي مكة وهو جبل من جبال تهامة على مرحلتين بمكة واصله الملم بالهمزة وحكى يرمرم (لاهلها) اى المواقيت يكون لاهل هذه الامكنة (ولمن مر بها) من خارجها فان كان في بر او بحر لايمر بواحد من هذه المواقيت المذكورة قالوا عليه ان يحرم اذا حاذى آخرها ويعرف بالاجتهاد وعليه ان يجتهد فان لم يكن بحيث يحاذي فعلى مرحلتين من مكة كما في الفتح (ويحرم تأخير الاحرام عنها) اى عن هذه المواقيت (لمن قصد) من الافاقي والحلي والحرمي والمكي الخارجين للتجارة اوغيرها وفيه خلاف الشافعي فانه خصص لزوم الاحرام بمن قصد الحج والعمرة فقط فيد بقصد الدخول لانه لو لم يقصد ذلك ليس عليه ان يحرم كما سنبين ان شاء الله تعالى (دخول مكة) للحج او العمره او التوطن اوغيرها فان دخل بلا احرام فعليه حجة او عمرة وكذا في كل مرة ولو قال دخول الحرم لكان اولى لانه يكفي في وجوب الاحرام عليه قصد دخوله ولا حاجة الى قصد دخول مكة تدبر (وجاز التقديم) اى تقديم الاحرام على هذه المواقيت بعد دخول الاشهر (وهو افضل) اذا امن عن مواقعة المحظورات والا فالتأخير الى الميقات افضل وقال الشافعي الاحرام من الميقات افضل لما ان الاحرام عنده من الاركان كما في العناية وغيرها لكن لو كان ركنا لما جاز تقديمه على الميقات لان افعال الحج لايجوز تقديمها عليه وتقديم الاحرام على الميقات جائز بالاجماع اذا كان في اشهر الحج والخلاف في الافضلية وعدم الجواز عنده قبل اشهر الحج وفي القهستاني والافضل من دويرة اهله لان التأخير الى الميقات بطريق الترخص (ويحل لمن هو داخلها) اى المواقيت (دخول مكة) لحاجة لا لانسك (غير محرم) لان في ايجاب الاحرام عليه في كل مرة حرجا لانه يكثر دخوله لحوائجه فصار كالمكي بخلاف ما اذا دخل للحج (ووقته) اى وقت الاحرام لاهل داخلها للحج او العمرة (الحل) بالكسر وهو ما بين المواقيت والحرم لا الحل الذي هو خارج الحرم والحرم حد في حقه كالميقات فلا يدخل الحرم اذا اراد احدهما الا محرما (وللمكي) اى الميقات لمن استقر بمكة والحرم ولو قال ولمن بالحرم لكان اولى لعدم اختصاص هذا الميقات باهل مكة (في الحج الحرم وفي العمرة الحل) قالوا في العمرة التنعيم افضل قيل مقدار الحرم من جانب المشرق ستة اميال ومن الشمال اثنى عشر لكن الاصح ثلثة اميال تقريبا او اربعة ومن المغرب ثمانية عشر ومن الجنوب اربعة وعشرون وحدد بعض الافاضل فقال * وللحرم التحديد من ارض طيبة * ثلثة اميال اذا شئت اتقانه * وسبعة اميال عراق وطائف * وجدة عشر ثم تسع جعرانه

﴿ فصل ﴾ في بيان الاحرام

هو مصدر احرم الرجل اذا دخل في حرمة لا تهتك والمراد الدخول في الحرمة المخصوصة بالتلبية او ما يقوم مقامها (واذا اراد) الحاج او المعتمر (الاحرام ندب ان يقلم اظفاره ويقص شاربه ويحلق عانته) وينتف ابطيه هو المتوارث (ثم يتوضأ او يغتسل) لتحصيل النظافة وازالة الرائحة الكريهة حتى تؤمر به الحائض والنفساء ولهذا لاينوب التيمم له عند العجز لانه ملوث فلا يحصل به المقصود (وهو) اى الاغتسال (افضل) لانه ابلغ تنظيفا (ويلبس ازارا) بلا عقد حبل عليه فانه مكروه وهو من اوسط الانسان (ورداء) من الكتف فيستر به الكتف ويشده فوق السرة وان غرز طرفيه في ازاره فلا بأس به هذا اذا وجد والا فيشق سراويله ويتزر به او قيصه ويرتدي به (جديدين ابيضين وهو) اى الجديد الابيض (افضل) لقربه من الطهارة وفضل الابيض

ولو كانا غسيلين) طاهرين (او لبس ثوبا واحدا يستر عورته جاز) لحصول المقصود لكن الاول هو السنة (ويتطيب) اى يسن له استعمال التطيب فى بدنه قبيل الاحرام ان وجد قيدنا بالبدن اذ لايجوز التطيب فى الثوب بما يبقى اثره على الاصح وفى اطلاقه اشارة الى شمول ما يبقى اثره كالمسك ومالا يبقى خلافا لمحمد فى الاول (ويصلى) فى موضع الاحرام (ركعتين) قرأ فيهما ماشاء والافضل بعد الفاتحة قل ياايها الكافرون والاخلاص تبركا بفعله عليه الصلاة والسلام ولايصلى فى الوقت المكروه ولايقضى (فان كان مفردا) من الافراد (بالحج يقول عقيبهما) اى الركعتين بلسانه مطابقا بجنانه (اللهم انى اريد الحج فيسره لى) لانى لا اقدر على هذه الافعال الا بتيسيرك (وتقبله منى) كما تقبلت من حبيبك وخليلك عليهما الصلوة والسلام حيث قال ربنا تقبل منا انك انت السميع العليم (وان نوى بقلبه) لابلسانه (اجزأ) لحصوله المقصود لكن الاول اولى ولو نوى مطلق الحج يقع عن الفرض ويشترط للاخرس ان يحرك لسانه مع النية وفى المحيط تحريك لسانه مستحب (ثم يلبى) عقيب صلاته وهى افضل عندنا وعند الشافعى الافضل ان يلبى حين مااستوى على راحلته وعند مالك على البيداء وانما اختلفوا لاختلاف الرواية فى اول تلبيته عليه الصلاة والسلام روى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه عليه الصلاة والسلام لبى دبر صلاته وابن عمر رضى الله تعالى عنه انه لبى حين مااستوى على راحلته وجابر رضى الله تعالى عنه انه لبى حين مااستوى على البيداء واصحابنا اخذوا برواية ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لانها محكمة فى الدلالة على الاولية وروايتهما محتملة لجواز ان ابن عمر رضى الله تعالى عنهما لم يشهد تلبية النبى عليه الصلاة والسلام وانما شهد تلبيته حال استوائه على راحلته فظن ذلك اول تلبيته وكذلك جابر رضى الله تعالى عنه (فيقول لبيك) اللهم (لبيك) والتثنية للتكرير وانتصابه بفعل مضمر ورد المزيد الى الثلاثى ثم اضيف الى ضمير الخطاب ومعناه انا مقيم على طاعتك البابا بعد الباب اى لزوما اطاعتك بعد لزوم من الب بالمكان اذا اقام به وهو اجابة لدعوة ابراهيم عليه الصلوة والسلام على الاظهر لانه لما فرغ من بناء البيت امر ان يدعوهم اليه فدعاهم على ابى قبيس فاسمع الله صوته الناس فى اصلاب آبائهم وارحام امهاتهم فمن وافق بالتلبية مرة فقد حج مرة ومن زاد فزاد ومن لم يوافق بها اصلا لم يحج اصلا وقيل الداعى هو الله والرسول عليه الصلاة والسلام لانه دعاهم الله ورسوله الى الحج (لبيك لاشريك لك) استيناف (لبيك ان الحمد) بكسر الالف لابفتحها ليكون ابتداء لابناء وبالفتح صفة للاولى فكان المعنى اثنى عليك بهذا الثناء لان الحمد لك ولا كذلك اذا كسرت لانه يصير استينافا بمعنى التعليل كأنه قيل لم تقول لبيك فقال لان الحمد لك وهو اختيار محمد ولايخفى ان تعليق الاجابة التى لانهاية لها بالذات اولى منه باعتبار الصفة واراد بالصفة المتعلق بالغير لاالنعت النحوى (والنعمة لك) خبران اوخبر المبتدأ تقديره ان الحمد والنعمة مثبتان لك (والملك) كالنعمة (لاشريك لك) استيناف (ولا ينقص منها) اى من هذه الكلمات لانها مأثورة (ويجوز الزيادة) مثل لبيك وسعديك والخير بيديك والرغباء اليك والعمل لبيك اله الحلق غفار الذنوب لبيك لان المقصود من التلبية الثناء فلاتحل الزيادة به خلافا للشافعى فى رواية (فاذا لبى) لم يعتبر مفهوم المخالفة على ما عليه القاعدة من اعتباره من رواية الفقه وذلك لانه يصير محرما بكل ثناء وتسبيح يقصد به التعظيم فى ظاهر المذهب ولو بالفارسية خلافا للشافعى (ناويا) الحج او العمرة (فقد احرم) فلا يصير محرما بالتلبية مالم يأت بالنية او مايقوم مقامها من سوق الهدى وقد صح بالنية السابقة لكن الاقتران بالتلبية افضل (فليتق) اى ليجتنب المحرم (الرفث) وهو الجماع وقيل ذكر الجماع ودواعيه بحضرة النساء وان لم يكن بحضرتهن فلابأس وقيل الكلام القبيح (والفسوق) وهى المعاصى وهو فى غير حالة الاحرام منهى عنه فكيف فى الاحرام (والجدال) وهو الخصام مع الرفقة والخدم

والمكارين وماقيل انه مجسادلة المشركين فى تقديم الحج وتأخيره فليس المراد ههنا (وقتل صيد البر) احترازعن البحر فانه جائز (والاشارة اليه) اى ان يشير الى الصيد باليد و يقتضى الحضور (والدلالة عليه) اى ان يقول ان فى مكان كذا صيدا وتقتضى الغيبة كما فى اكثر الكتب لكن فى تخصيص الاشارة باليد والدلالة بالقول المذكور نظر تأمل والتطيب والتدهن والتخضب بالحناء وشم الرياحين والثمار الطيبة (وقتل القمل) لانه ازالة الشعث فيكون ارتفاقا (وقلم) اى قطع (الظفر) بالضم او بالضمتين وبالكسر شاذ سواء قلمه بنفسه اوغيره بامره اوقلم ظفر غيره الا اذا انكسر بحيث لاينمو فلا بأس به (وحلق) شعر (رأسه) كلا اوبعضا (اوبدنه) والمراد بحلق بدنه ازالة شعره باى شئ كان من الحلق والقص والنتف والتنوير والاحراق من اى محل من الجسد مباشرة او تمكينا ولوقال اخذ الشعر لشمل الجميع (وقص لحيتـه) اى قطعها كلا اوبعضا (وستر رأسه و وجهه) وقال الشافعى يجوز للرجل ستر الوجه (وغسل رأسه ولحيته بالخطمى) لانه نوع طيب فيجب الدم عند الامام ان فعل وعندهما عليـه صدقة لانه ليس بطيب ولكنه يقتل الهوام وعن ابى يوسف روايتان اخريان احديهمـا انه لاشئ عليه واخرى انه يجب عليه دمان (ولبس قميص اوسراويل اوقباء) لبسا معتادا كما اذا ادخل اليد فى كم القباء والقميص لنهيه عليه الصلاة والسلام عن لبس المخيط اما اذا القى على كتفيه قباء فجاز (اوعمامة اوقلنسوة) لما فيهما من تغطية الرأس والظاهر انذكر ستر الرأس يغنى عن ذكرهما (اوخفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما من اسفل الكعبين) اعنى المفصلين اللذين وسط القدمين عند معقد الشراك (و) ليجتنب (لبس ثوب صبغ بزعفران او ورس اوعصفر) خلافا للشافعى فى المعصفر (الا ما غسل حتى لا ينفض) واختلف الشراح فى شرحه فقيل لايفوح وقيل لايتناثر والثانى غير صحيح لان العبرة للطيب لا للتناثر الا ترى انه لوكان مصبوغا له رايحة طيبة ولا يتناثر منه شئ فان المحرم يمنع عنه كما فى المستصفى وعلى هذا لوقال ولبس ثوب صبغ بما له طيب الا بعد زواله كما فى الاصلاح لكان اولى واخصر (ويجوز له) اى للمحرم (الاغتسال ودخول الحمام) بحيث لايزيل الوسخ ولو قال الاستحمـام لكان اشمل واخصر (والاستظلال بالبيت والمحمل) لان عمر رضى الله تعالى عنـه اغتسل والقى على شجرة ثوبا واستظل وهو محرم لكن لم يصب رأسه اووجهه فلواصاب احدهما كره (وشد الهميان) بالكسر ما يجعل فيه الدراهم ويشد (فى وسطه) وقال مالك يكره ذلك اذا كان فيه نفقة غيره وكذا يجوز السيف والسلاح والمنطقة والختم والاكتحال وفى السراجية لو اكتحل بكحل فيه طيب مرة اومرتين فعليه صدقة وان كثيرا فعليه دم (ومقاتلة عدو) دفعا للضرر (ويكثر التلبية) ما استطاع فانها سنة حال كونه (رافعا بها صوته عقيب الصلوات وكلما علا شرفا) بفتحتين اى مكانا مرتفعا (اوهبط) نزل (واديا) اى حضيضا وان كان فى الاصل مسيلا فيه الماء (اولقى ركبا) بالفتح والسكون هم اصحاب الابل فى السفر دون غيرها من الدواب ولا يطلق على مادون العشرة وليس بجمع راكب كما توهم وانما ذكر الركب اخراجا للكلام مخرج العادة لا للاحتراز (و) يكثر المحرم التلبية (بالاسحار) ولوقال اواسحر اى دخل وقت السحر لكان اولى وهو سدس آخر الليل وهو المأثور والاصل فى ذلك ان التلبية كالتكبير فى الصلاة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال ووقت الاستيقاظ

﴿فصل﴾

(فاذا دخل بمكة) ليلا اونهارا لكن النهار مستحب (ابتدأ) منها (بالمسجد الحرام) من جانب الشرق من باب بنى شيبـة متواضعا خاشعا ملبيا ملاحظا جلالة البقعة مع التلطف بالمزاحم لماروى ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم اول شئ بدأ به حين قدم مكة انه توضأ ثم طاف بالبيت ومن هنا تبين ان الابتداء بالمسجد لاينافيه تقديم ما لابد منه فى الدخول فى المسجد والمراد من دخوله عليه الصلاة والسلام المسجد على الفور المستفاد من عبارة الراوى كما دخل مكة الدخول قبل الشروع بعمل آخر ويقدم

في دخوله رجله اليمنى ويقول بسم الله والحمد لله والصلاة على رسول الله اللهم افتح لي ابواب رحمتك وادخلني فيها واغلق عني ابواب معاصيك وجنبني العمل بها (فاذا عاين) المناسب بالواو (البيت) الحرام الواقع في وسط المسجد هو علم اتفاقي لهذا المكان الشريف زاده الله تعالى شرفا اللهم يسر لي بتقبيل عتبته العلية بحرمة سيد الانبياء والمرسلين وبحرمة جميع الزائرين آمين يارب العالمين (كبر) اي يقول الله اكبر يعني من البيت وغيرها (وهلل) اي يقول لااله الاالله تحرزا عن الوقوع في نوع شرك لعظمته ثم يرفع يديه بالدعاء ويقول اللهم انت السلام ومنك السلام واليه يرجع السلام فحينا ربنا بالسلام وادخلني بفضلك دارك ذي السلام تباركت ربنا وتعاليت ياذا الجلال والاكرام اللهم زد بيتك هذا تعظيما وتشريفا وتكريما ومهابة وزد من عظمه وشرفه ومن حجه واعتمره تعظيما وتكريما وتشريفا وايمانا ثم يسئل الله تعالى حاجته لانه يستجاب اذا رآه ومن اهم الادعية طلب الجنة بلا حساب ومن اهم الاذكار هنا الصلاة على النبي عليه الصلاة والسلام ولم يعين محمد في المبسوط لمشاهد الحج شيئا من الدعوات فان التعيين يذهب رقة القلب وان تبرك بالمنقول منها فحسن وروى ان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم كان يقول اذا لقي البيت اعوذ برب البيت من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر (وابتدأ بالحجر الاسود) الذي كان ابيض مضيئا مابين المشرق والمغرب ثم صار اسود ليحتجب اهل الدنيا عن زينة العقبى والمرئي منه قدر شبر واربعة اصابع كما في القهستاني (فاستقبله) استحبابا هذا مالم يكن عليه فائتة ولم يخف فوت المكتوبة اوالوتر اوالسنة الراتبة اوالجماعة فاذا خشي قدم الصلاة على الطواف (وكبر وهلل) حال كونه (رافعا يديه كالصلاة) اي كما يرفع اليدين لها ثم يرسلهما وفي شرح الطحاوي انه يجعل بطن كفيه نحو الحجر رافعا لهما حذاء منكبيه وقال ابو يوسف في الاملاء يستقبل بباطن كفيه القبلة عند افتتاح الصلاة واستلام الحجر وقنوت الوتر وتكبيرات العيدين ويستقبل كفيه الى السماء عند رفع الايدي على الصفا والمروة وبعرفات وعند الجمر (ويقبله) اي الحجر بلا تصويت (ان استطاع من غير ايذاء) باحد (او يستلمه) ان لم يقدر عليه غير مؤذ والاستلام عند الفقهاء ان يضع كفيه على الحجر ويقبله بفمه (او يمسه) ان لم يقدر عليه باليد غير مؤذ (شيئا) كائنا (في يده ويقبله) اي ذلك الشيء (او يشير اليه) اي الحجر حال كونه (مستقبلا) ان لم يقدر عليه باليد غير مؤذ (مكبرا مهللا حامدا لله تعالى ومصليا على النبي عليه الصلاة والسلام) ويقول بعد ذلك عند ابتداء الطواف اللهم ايمانا بك وتصديقا بكتابك ووفاء بعهدك واتباعا لسنة نبيك عليه الصلاة والسلام لااله الاالله والله اكبر اللهم اليك بسطت يدي وفيما عندك عظمت رغبتي فاقبل دعوتي واقل عثرتي وارحم تضرعي وجد لي بمغفرتك واعذني من مضلات الفتن (ويطوف) طواف القدوم ويقال له طواف التحية وطواف اللقاء وطواف اول عهد بالبيت وهو سنة للآفاقي لا للمكي لانه كتحية المسجد ولايسن للجالس فيه ويسن لاهل المواقيت وداخلها وخارجها كما في اكثر المعتبرات وفي خزانة المفتين انه واجب على الاصح حال كونه (آخذا) اي شارعا (عن يمينه) اي جانب يمينه اي يمين نفسه حالة استقباله الحجر وهو يمين الطائف (مما يلي الباب) اي باب الكعبة قال في الذخيرة ولو اخذ عن يساره يعتد بطوافه في حكم التحلل عندنا وعليه الاعادة مادام بمكة وان رجع قبل الاعادة فعليه دم وقال الشافعي لايعتد بطوافه (وقد اضطبع رداءه بان جعله) اي وسط الرداء (تحت ابطه الايمن والقى طرفيه على كتفه الايسر) ويكون كتفه الايمن مكشوفا والايسر مغطى هو تفسير الاضطباع يقال اضطبع بثوبه وقولهم اضطبع رداءه سهو كما في المغرب وهو سنة في ظاهر الرواية (ويجعل طوافه وراء الحطيم) حتى لو طاف فيما بينه وبين البيت لايجوز لكن ان استقبل المصلي الحطيم لايجوز آخذا بالاحتياط في كل من الحكمين وهو موضع من الركن العراقي الى الشامي

فيه ميزاب على ستة اذرع وشبر من البيت قريب من ربعه لانه قد كان ثلثين ذراعا فى ثمانية عشر من الحطيم وهو الكسر اما بمعنى مفعول لانه ترك حين رفع البيت بالبناء او بمعنى فاعل فان العرب طرحوا عليه ثيابا طافوا بها فانحطم بالمرور كما فى القهستانى ويقول اذا حاذى الملتزم وهو الجدار الذى بين الحجر الاسود والباب فى اول طوافه اللهم ان لك حقوقا على فتصدق بها على واذا حاذى الباب يقول اللهم هذا البيت بيتك وهذا الحرم حرمك وهذا الامن امنك وهذا مقام العائذ بك من النار فاعذنى منها واذا حاذى المقام على يمينه يقول اللهم ان هذا مقام ابراهيم العائذ اللائذ بك من النار حرم لحومنا وبشرتنا على النار واذا اتى الركن العراقى يقول اللهم انى اعوذبك من الشرك والشك والنفاق والشقاق وسوء الاخلاق وسوء المنقلب فى الاهل والمال والولد واذا اتى ميزاب الرحمة يقول اللهم انى اسئلك ايمانا لا يزول ويقينا لا ينفد ومرافقة نبيك محمد عليه الصلوة والسلام اللهم اظلنى تحت ظل عرشك يوم لا ظل الا ظل عرشك واسقنى بكأس نبيك محمد عليه الصلاة والسلام شربة لا نظمأ بعدها ابدا واذا اتى الركن الشامى يقول اللهم اجعل حجى مبرورا وسعيى مشكورا وذنبى مغفورا وتجارة لن تبور يا عزيز يا غفور واذا اتى الركن اليمانى يقول اللهم انى اعوذبك من الكفر واعوذبك من الفقر وعذاب القبر ومن فتنة المحيا والممات واعوذ بك من الخزى فى الدنيا والاخرة وعند الحجر اذا بلغه يقول اللهم اغفرلى برحمتك واعوذ برب هذا الحجر من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر (سبعة اشواط) جمع شوط اى طوفة مفعول يطوف فلو طاف ثامنا عالما بانه ثامن اختلفوا فيه والصحيح انه يلزمه اتمام الاسبوع لانه شرع فيه ملتزما بخلاف ما اذا ظن انه سابع ثم تبين انه ثامن فانه لا يلزمه الاتمام لانه شرع فيه مسقطا لا ملتزما كالعبادة المظنونة كما فى البحر واعلم ان مكان الطواف داخل المسجد ولو وراء السوارى وزمزم لا خارج المسجد (يرمل) بالضم اى يسرع فى المشى ويحرك منكبيه (فى الثلثة الاول) جمع الاولى (منها) اى من الاشواط لما روى عن ابن عمر قال رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحجر الى الحجر ثلثا ومشى اربعا ولو زحمه الناس فى الرمل وقف الى ان يجد فرجة لانه من سنة الطواف بخلاف استلام الحجر لان الاستقبال بدل له وفى شرح الطحاوى انه ان زحموا يمشى حتى يجد الرمل (ويمشى فى الباقى على هينة) بكسر الهاء اى على السكينة والوقار ولا يرمل لكن لو رمل فيها لا شئ عليه (ويستلم الحجر) على الوجه الذى مر (كلما مر به) اى الحجر ان استطاع والا يستقبل ويكبر ويقول فى كل مرة رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك انت الاعز الاكرم (ويختم طوافه بالاستلام) او ما يقوم مقامه لانه عليه السلام فعل ذلك (واستلام الركن اليمانى) من غير تقبيل ويقول عنده ذلك اللهم انى اسئلك العفو والعافية فى الدنيا والاخرة ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الاخرة حسنة وقنا عذاب النار ويستحب الاكثار من ذلك (كما مر به حسن) اى مستحب ولا يسن فى ظاهر الرواية وعن محمد انه سنة فيقبله مثل الحجر الاسود والدلائل من السنة تشهد لمحمد وفى السراجية انه لا يقبله فى اصح الاقاويل ولا يستلم الركن العراقى والشامى (ثم يصلى) فى وقت يباح فيه التطوع (ركعتين عند المقام) اى مقام ابراهيم عليه الصلاة والسلام وهو ما ظهر فيه اثر قدميه وهو حجارة يقوم عليها عند نزوله وركوبه عند اتيان هاجر وولده وقيل مقام ابراهيم الحرم كله (او حيث) اى فى اى موضع (تيسر) له (من المسجد) الحرام هذا بيان الافضلية والا فان صلى فى غير مسجد جاز ولو بعد الرجوع الى اهله ما لم يرد طواف اسبوع آخر (وهما) اى الركعتان (واجبتان) عندنا (بعد كل اسبوع) كما فى اكثر المعتبرات وفى النظم والتحفة انهما سنة كما قال الشافعى فى قول (وهذا طواف القدوم وهو) اى طواف القدوم (سنة لغير المقيم بمكة) واذا فرغ من الطواف والصلاة يقول اللهم اغفرلى وللمؤمنين والمؤمنات واغفرلى ذنوبى وقنعنى بما رزقتنى وبارك لى فيما اعطيتنى واخلف على كل غائبة لى بخير (ثم) اى بعد الصلاة (يعود)

﴿الى﴾

الى الحجر الاسود (ويستلم الحجر) كامر (ويخرج) على السكينة بعدما شرب من ماء زمزم ويقول عند ذلك اللهم انى اسئلك رزقا واسعا وعلما نافعا وشفاء من كل داء من اى باب شاء لكن الاولى من باب الصفا لخروجه عليه الصلاة والسلام منه (الى الصفا) ويقدم رجله اليسرى فى الخروج ويقول بسم الله وعلى ملة رسول الله اللهم افتح لى ابواب رحمتك وادخلنى فيها واعذنى من الشيطان الرجيم (فيصعد عليه) حتى يشاهد البيت (ويستقبل البيت) اى يتحول اليه ويمكث فيه قدر مايقرأ سورة من المفصل لكن ان لم يمكث يجزه (ويكبر ويهلل) ويقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيى ويميت وهو حى لا يموت بيده الخير وهو على كل شئ قدير لا اله الا الله ولا نعبد الا اياه مخلصين له الدين ولو كره الكافرون يقوله ثلث مرات (ويصلى على النبى عليه الصلوة والسلام) بافضل الصلوات واكمل التحيات (رافعا يديه للدعاء ويدعو) لربه بحاجته الاخروية والدنيوية اذا كانت نافعة (بماشاء) ولو قال ويحمد الله ويصلى عليه ويكبر ويهلل لكان اولى كما فى المحيط (ثم يحط) اى ينزل من الصفا قاصدا (نحو المروة ويمشى على مهل) اى على سكينة وفيه اشعار بانه لا يركب فى هذا الطريق ولا يحمل كما فى الطواف (فاذا بلغ نحو بطن الوادى بين الميلين) وهما علامتان للسعى منحوتتان عن جدران المسجد متصلا به (الاخضرين) على التغليب فان احدهما احمر كما فى النهاية اواصفر كما فى المضمرات (يسعى سعيا) شديدا بقدر مايقرأ خمس عشرين آية من البقرة (حتى يجاوزهما) وفيه رمز الى انه مشى على السكينة فى جانبى الميلين كما فى القهستانى ويقول فى مشيه اللهم استعملنى فى سنتك وسنة نبيك محمد عليه الصلاة والسلام وتوفنى على ملته واعذنى من مضلات الفتن برحمتك يا ارحم الراحمين (ويفعل على المروة) اذا وصل اليها (كفعله على الصفا) من الاستقبال والذكر وغيرهما (وهذا شوط) واحد (فيسعى بينهما) اى بين الصفا والمروة (سبعة اشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة) يعنى ان السعى من الصفا الى المروة شوط ثم من المروة الى الصفا شوط آخر فيكون بداية السعى من الصفا وختمه وهو السابع على المروة على الصحيح فلو بدأ بالمروة لا يعتد بالشوط الاول فى الصحيح وقال ابو جعفر الطحاوى يفعل ذلك سبع مرات يبتدئ فى كل مرة بالصفا ويختم بالمروة وقوله ويختم بالمروة صريح فى ان الرجوع هو معتبر عنده ولا يجعله شوطا آخر كما لا يجعله جزء شوط فاقيل فى رواية الطحاوى السعى من الصفا الى المروة ثم منها الى الصفا شوط واحد فيكون اربعة عشر شوطا فيقع الختم على الصفا ليس بذلك كما فى الاصلاح وغيره (ثم يقيم بمكة) ان قدم قبل ايام الحج (محرما) اى من غير تحلل لانه محرم بالحج فلا يتحلل منه حتى يأتى بافعاله واحترز به عما نسخ من قول ابن عباس انه حلق وحل (ويطوف بالبيت نفلا ما اراد) لانه عبادة وهو افضل من الصلاة للغرباء ويصلى بعد كل اسبوع ولا يسعى بين الصفا والمروة عقيب الطواف لانه لا يجب الامرة والتنفل غير مشروع ولا يرمل لانه لا يكون الامع السعى (فاذا كان اليوم السابع من ذى الحجة يخطب الامام) اى الخليفة اونائبه (خطبة) بلا جلسة بعد صلاة الظهر (يعلم الناس فيها المناسك) وهى افعال الحج من الخروج الى منى وعرفات والصلاة والوقوف فيها والافاضة والمناسك جمع المنسك بفتح السين وكسرها فى الاصل المتعبد ويقع على المصدر والزمان والمكان وفى المغرب انه بمعنى الذبح ثم استعمل فى كل عبادة (وكذا يخطب) الامام خطبتين بينهما جلسة معلما المناسك التى من زوال عرفة الى زوال يوم التشريق وهى الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمى الجمار والنحر وغير ذلك (فى اليوم (التاسع) من ذى الحجة قبل الظهر (بعرفات) بالكسر والتنوين فانه منصرفة بالاجماع ويجوز منع صرفه للعلمية والتأنيث لان تنوين الجمع تنوين المقابلة لا التمكن فصار اسم الموضع واحد يقال له عرفات وقيل انها من الاسماء المرتجلة فان عرفات لا تعرف فى اسماء الاجناس كما فى القهستانى

(و) يخطب خطبة واحدة بلا جلسة بعد الظهر معلما لباقي المناسك الذي هو رمي الجمار والنزول بالمحصب وغيره ولو قال ثم لمكان الواو فيهما لكان اولى (في) اليوم (الحادي عشر بمنى) يفصل بين خطبتين بيوم وقال زفر يخطب في ثلثة ايام متواليات اولها يوم التروية وآخرها يوم النحر واجيب بان يوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال (فاذا صلى الفجر يوم التروية) وهو اليوم الثامن من ذي الحجة وانما سمي بها لان الخليل عليه السلام رأى ليلة كان قائلا يقول ان الله تعالى يأمرك بذبح ابنك هذا فلما اصبح روى اي تفكر في ذلك الامر انه من الله ام لا فسمي يوم التروية ثم عرف في اليوم التاسع انه منه تعالى فسمي عرفة ثم رآه في الليلة العاشرة فهم بنحر ولده فسمي يوم النحر (خرج) من مكة (الى منى) وفي المفيد والمزيد يستحب ان يتوجه الى منى بعد الزوال وهو احد قولي الشافعي والصحيح هو الاول فاذا دخل منى يقول اللهم هذا منى وهذا مما دللتنا عليه من المناسك فمن علينا بجوامع الخيرات وبما مننت على ابراهيم خليلك ومحمد حبيبك وبما مننت على اوليائك واهل طاعتك فاني عبدك وناصيتي بيدك جئت طالبا مرضاتك ويستحب ان ينزل مسجد الخيف (فيقيم بها) اي بمنى (الى صلاة فجر يوم عرفة) ويمكث الى طلوع الشمس وهذا سنة (ثم يتوجه الى عرفات) فيقيم بها وهي على ستة اميال من منى تقريبا ويقول عند التوجه اليه اللهم اليك توجهت وعليك توكلت ووجهك الجليل اردت فاجعل ذنبي مغفورا وحجي مبرورا وارحمني ولا تخيبني وبارك لي في سفري واقض بعرفات حاجتي بفضلك انك على كل شيء قدير ويلبي ويكبر واذا قرب من عرفات ووقع بصره على جبل الرحمة وعاينه يدعو ويقول اللهم اليك توجهت وعليك توكلت ووجهك اردت اللهم اغفر لي وتب علي واعطني سؤالي ووجه لي الخير ايما توجهت سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر (فاذا زالت الشمس) من يوم عرفة قبل صلاة الظهر (خطب الامام خطبتين) بينهما جلسة فان ترك الخطبة او خطب قبل الزوال اجزأه وقد اساء ولا يخالفه قول الزيلعي او خطب قبل الزوال جاز ويراد بالجواز الصحة مع الكراهة (كالجمعة وعلم فيها المناسك وصلى بعد الخطبة) اي عقيبها (بالناس الظهر والعصر معا باذان) ان بعد صعود المنبر في ظاهر الرواية قبل وراه ابو يوسف قبل الصعود في رواية وفي اخرى بعد الخطبة (واقامتين في وقت الظهر) لما في حديث جابر ان النبي عليه الصلاة والسلام صلى الظهر ثم اقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئا فان تنفل فان فعل ثنى الاذان للعصر في ظاهر الرواية وعن محمد انه لا يعاد لان الوقت قد جمعهما وفي البحر لا يصلي سنة الظهر البعدية وهو الصحيح فالاولى ان لا يتنفل بينهما فلو فعل كره واعاد الاذان للعصر لكن في المحيط وغيره لو تنفل سوى سنة الظهر ثنى الاذان للعصر الا في رواية شاذة عن محمد لان هذا ينافي حديث جابر واكثر اطلاق المشايخ تأمل (وشرط الجمع) اي لجواز الجمع بين الصلاتين (صلاتهما مع الامام) اي الخليفة او نائبه فلو صلى الظهر وحده او بجماعة بدون الامام الاكبر او كان غير محرم فيهما ثم احرم وصلى العصر بجماعة في وقت الظهر لا يجوز خلافا لهما اي لا يشترط عندهما الجماعة لا فيهما ولا في واحدة منها ولكن يشترط احرام الحج في العصر وحدها كما في التبيين (و) شرط (كونه محرما) للحج قبل الزوال في رواية وقبل الصلاة في اخرى (فيهما) اي في الظهر والعصر وقال زفر الامام والاحرام شرط في العصر خاصة (ثم) اي بعد اداء العصر (يقف) الموقف الاعظم (راكبا مع الامام) وهو افضل (بوضوء او غسل وهو) اي الغسل (السنة قريب جبل الرحمة) وهو على اربعة فراسخ من مكة وانما سمي جبل الرحمة لانه منزل الرحمة على الحجاج خصوصا اذا وافق يوم عرفة يوم الجمعة قال سعدي افندي وقع في غاية السروجي ان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم قال افضل الايام يوم عرفة اذا وافق يوم جمعة وهو افضل من سبعين حجة من غير جمعة ذكره في تجريد الصحاح بعلامة الموطأ وافضل المواقف

موقف رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم عند الصخرات الكبار المفروشات في طرف الجبلات الصغار التي كانها الروابي الصغار عند الجبل المعروف في جبل الرحمة (وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة) بضم العين المهملة وفتح الراء بحذاء عرفات عن يسار الموقف فالاستثناء منقطع ووجه النهي ان النبي عليه الصلاة السلام قد رأى الشيطان فيها وامر ان لا يقف في ذلك المكان احترازا عنه (ويستقبل الامام القبلة رافعا يديه بسطا) اي رفع بسط (حامدا مكبرا مهللا ملبيا مصليا على النبي عليه الصلوة والسلام داعيا) لما يحب (بحاجته بجهد) وهو بفتح الجيم وحضور قلب لانه عليه الصلاة والسلام اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم قبل وقد استجيب له في ذلك ايضا في المزدلفة ويقول في دعائه لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير اللهم اجعل في بصري نورا وفي سمعي نورا واجعلني ممن تباهي الملائكة اللهم اشرح لي صدري ويسر لي امري اللهم انك تسمع كلامي وترى مكاني وتعلم سري وعلانيتي لا يخفى عليك شيء من امري انا البائس الفقير المستغيث المستجير المغرور اسئلك مسئلة المساكين وابتهل اليك ابتهال المذنب الذليل وادعوك دعاء الخائف الضرير ومن خضعت لك رقبته وفاضت عيناه ورغم انفه ولا تجعلني بدعائك رب شقيا وكن لي رؤفا رحيما يا خير مسؤل ويا اكرم مأمول اللهم اني اسئلك ان تغفر لي ما قدمت من ذنبي وتغفر لي ما علمت من الذنوب وما لم اعلم وتعصمني بعد هذه الساعة فيما بقي من عمري وتفتح لي ابواب طاعتك وتغلق عني ابواب معصيتك وتحفظني من بين يدي ومن خلفي وعن يميني وشمالي ومن فوقي وتحتي وتلبسني ثياب التقوى والعافية ابدا ما ابقيتني وترحمني اذا توفيتني وتجعلني ممن يكتسب المال من حله وينفقه في سبيلك يا فاطر السموات والارض ضجت لك الاصوات بصنوف اللغات يسئلونك الحاجات وحاجتي ان تغفر لي وترحمني في دار البلاء اذا نسيني الاهل والاقربون اللهم اليك خرجنا وبفنائك انخنا واليك قصدنا وما عندك طلبنا ولاحسانك تعرضنا ولرحمتك رجونا ومن عذابك اشفقنا وببيتك الحرام حججنا يا من يملك حوائج السائلين ويعلم ما في ضمائر الصامتين اللهم انا ضيافك ولكل ضيف قرى فاجعل قرانا منك الجنة ونعيمها ولكل سائل عطية ولكل راج ثواب ولكل متوسل اليك عفو وقد وفدنا الى بيتك الحرام ووافقنا بهذه المشاعر العظام وشاهدنا من المشاهد الكرام رجاء لما عندك فلا تخيب رجائنا واعف عنا واغفر لنا خطايانا وتجاوز عنا واعتق رقابنا من النار اللهم صل على محمد النبي الامي البشير النذير السراج المنير الطيب الطاهر المبارك وعلى آله الطيبين الطاهرين وسلم تسليما كثيرا ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار يا عزيز يا غفار وهذا اجمال في ذكر الدعا له وليس له دعاء معين والغرض الارشاد الى كيفيته لا الحصر وكل دعاء يعلمه يدعو به وكل حاجة في صدره يسئل الله اياها ويجتهد على ان تقطر من عينيه قطرات من الدموع ويدعو لابويه ولاخواته ولاهله ولمعارفه ويلح في الدعاء مع قوة الرجاء للاجابة قال الله تعالى ادعوني استجب لكم وهي مجمع عظيم وموقف جليل يجتمع فيها خيار عباد الله الصالحين اللهم احشرنا في زمرتهم واجعلنا من جملتهم (ويقف الناس وراء الامام بقربه) وهو اي القرب افضل (مستقبلين) الى القبلة (سامعين لقوله) للتعلم بما يعلمه وفي المحيط والليالي كلها تابعة للايام المستقبلة الا في الحج فانها في حكم الايام الماضية وليلة عرفة تابعة ليوم التروية وليلة النحر تابعة ليوم عرفة (ثم يفيضون معه) اي مع الامام فلا يتقدمون عليه الا عند الزحام فانه جائز اذا لم يجاوزوا حدود عرفة ولا يتأخرون عنه لكن يجوز التأخير القليل للازدحام والافضل ان يمشي على هينته واذا وجد فرجة يسرع من غير ان يؤذي احدا ويكبر ويهلل ويثني ساعة فساعة ويقول اذا دنى وقت الغروب اللهم لا تجعل هذا آخر العهد من هذا الموقف وارزقنيه ابدا

ما ابقيتني واجعلني اليوم مفلحا منجحا مرحوما مستجاب الدعاء مغفور الذنوب واجعلني من اكرم وفدك واعطني افضل ما اعطيت احدا منهم من الرحمة والرضوان والتجاوز والغفران والرزق الواسع الحلال وبارك لي في جميع اموري فتبارك الله رب العالمين (بعد الغروب الى مزدلفة) بضم الميم وسكون الزاي وفتح الدال وكسر اللام على ثلثة اميال من مسجد عرفات (وينزل بقرب جبل قزح) بضم القاف وفتح الزاي المعجمة وبالحاء المهملة اسم جبل بالمزدلفة من قازح بمعنى مرتفع ولا ينزل على الطريق كيلا يضر بالمارة ويستحب ان يقف وراء الامام كالوقوف بعرفة ويقول حين دخول مزدلفة اللهم هذا جمع اسألك ان ترزقني فيه جوامع الخير كله فانه لا يعطيها غيرك اللهم رب المشعر الحرام ورب الزمزم والمقام ورب البيت الحرام والبلد الحرام ورب الحل والحرم والمعجزات العظام اسألك ان تبلغ روح محمد مني افضل التحية والسلام وان تصلح ديني وذريتي وتشرح لي صدري وتطهر قلبي وترزقني الخير الذي كنت سألتك وان تقيني جوامع الشر كله انك ولي ذلك والقادر عليه ويكثر من الاستغفار (ويصلي المغرب والعشاء) في اول وقت العشاء والمتبادر ان يقدم المغرب على العشاء فلو اخر اعاد العشاء ما لم يطلع الفجر وان لا يتطوع بينهما ولو سنة مؤكدة على الصحيح فانه مكروه ولو تطوع اعاد الاقامة كما اشتغل بينهما بعمل آخر وفي النهاية ولا يشترط الاحرام والجماعة والامام لكن في الروضة انه يشترط الامام لا الجماعة عنده ويشترط الجماعة لا الامام عندهما (باذان) واحد (واقامة واحدة) وقال زفر وهو قول الائمة الثلثة باقامتين واختاره الطحاوي ومنهم باذانين ايضا واذا فرغ يقول اللهم حرم لحمي وشعري ودمي وعظمي وجميع جوارحي على النار ويسأل ارضاء الخصوم فان الله وعد ذلك لمن طلب في هذه الليلة (ومن صلى المغرب في الطريق او بعرفات فعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر) عند الطرفين فاذا طلع لا تجب الاعادة (خلافا لابي يوسف) فان عنده لا تجب الاعادة اصلا لكنه مسيء (ويبيت بمزدلفة) وينبغي احياء هذه الليلة بالعبادات من الصلوات والادعية الصالحة والاذكار الفائحة ويختم الكل بالفاتحة (فاذا طلع الفجر صلى) الفجر ملتبسا (بغلس) بفتحتين وهو ظلمة الليل المختلطة بضوء الصبح ليحصل امتداد الوقوف (ووقف بالمشعر الحرام وصنع كما في عرفات) من استقبال القبلة ورفع اليد بسطا وحمده تعالى وتكبيره وتهليله والصلاة على نبيه والدعاء لحاجته بجهد ويستحب ان يقول اللهم انت خير مطلوب وخير مرغوب اليه الهي لكل ضيف قرى فاجعل قراي في هذا المقام ان تتقبل توبتي وتتجاوز عن خطيئتي وتجمع على الهدى امري وتجعل اليقين من الدنيا همي اللهم ارحمني واجرني من النار ووسع علي الرزق الحلال اللهم لا تجعله آخر العهد بهذا الموقف وارزقني ابدا ما احييتني فاني لا اريد الا رحمتك ولا ابتغي الا رضاك واحشرني في زمرة المحبين والمتبعين لامرك والعاملين بفرائضك جاء بها كتابك وحث عليها رسولك صلى الله تعالى عليه وسلم وصلى الله على محمد وعلى جميع الانبياء والمرسلين ورضي الله تعالى عن الصحابة اجمعين والحمد لله رب العالمين (ومزدلفة كلها موقف الا) الاستثناء المنقطع (وادي محسر) بضم الميم وكسر السين المشددة موضع على يسار المزدلفة سمي بذلك لانه لا يوقف فيه بل يمشى فيه سريعا فكانه اتعب نفسه والتحسير الاتعاب كما في القهستاني (فاذا اسفر نفر) اي خرج (قبل طلوع الشمس الى منى) وفي مختصر القدوري والسراجية انه يأتيه اذا طلعت الشمس واوله الكافي بان المراد اذا قربت من الطلوع فيفسد فعربه تغليط الهداية لعدم مخالفة السنة ويستحب له ان يقول في الدفع اللهم اليك افضت ومن عذابك اشفقت واليك توجهت ومنك رهبت اللهم تقبل نسكي واعظم اجري وارحم تضرعي واستجب دعائي واقبل توبتي ويصلي على النبي عليه الصلاة والسلام ما امكن فاذا بلغ بطن محسر اسرع ان ماشيا وحرك دابته

ان راكبا قدر رمية حجر (فيبدأ) اى الامام بالناس (فيها) اى فى منى (برمى جمرة) لا بوضع وذا لا يجوز فينبغى ان يكون بين الرامى و بين موضع السقوط خمسة اذرع لان مادون ذلك يكون طرحا ولو طرحها اجزأه لانه رمى الى قدميه الا انه مسئ لمخالفته السنة ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة اجزأه لان ماقرب من الشئ له حكمه ولو وقعت بعيدا الا انه لم يرم الجمرة بل بقعة اخرى والقرب قدر ذراع ونحوه وفى الجوهرة حدا لبعد قدر ثلثة اذرع ومادونه قريب (العقبة) بفتحتين ثالثة الجمرات على حد منى من جهة مكة وليس من منى ويقال الجمرة الكبرى والجمرة الاخيرة كما فى القهستانى (من بطن الوادى) اى من اسفله الى اعلاه ويجعل الكعبة عن يساره ومنى عن يمينه رافعا يديه حذاء منكبيه ولو رماها من فوق العقبة اجزأه (بسبع حصيات) اى يرمى سبع حصيات متفرقة لانه ان رمى بجملة لم يجز الا عن واحدة فلو رمى باكثر منها جاز لا بالاقل (كحصى الخزف) بفتح الخاء وسكون الزاى المعجمتين صغار الحصى قيل مقدار النواة وقيل مقدار الحمصة وقيل مقدار الانملة ولو رمى باصغر او اكبر اجزأه الا انه لا يرمى بالكبار خشية ان يتأذى به غيره وينبغى ان يكون المرمى مغسولا مأخوذا من غير الجمرة لانه المردود ولو رمى به او بمتنجسة جاز مع الكراهة ويكره ان يلتقط حجرا واحدا فيكسره سبعين حجرا صغيرا كما يفعله كثير من الناس اليوم ويجوز الرمى بكل ما كان من جنس الارض اذا لم يكن منافيه للاستهانة فيجوز بالمدر ونحوه لا بالشجر واللعل والياقوت ونحوهما لان الاستهانة لاتقع بمثلهما وفى بعض الكتب جواز نحو الياقوت لكن الاول اولى لان الرمى به نثار واعزاز لا اهانة وكيفية الرمى ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة وقيل يأخذ بطرف ابهامه وسبابته وقيل يحلق سبابته و يضعها على مفصل ابهامه وقيل يرمى الرمية المعروفة لكن المختار عند مشايخ بخارى انه يرمى كيف يشاء ولم يبين وقت هذا الرمى وله اوقات اربعة الاول الجواز وهو من طلوع الفجر يوم النحر الى طلوع الفجر من اليوم الثانى حتى اخره لزمه دم عند الامام خلافا لهما والثانى الاستحباب وهو من طلوع الشمس الى الزوال والثالث الاباحة وهو من الزوال الى الغروب والرابع الكراهة وهو قبل طلوع الشمس من يوم النحر وبعد غروبها كما فى المحيط وقال الشافعى يجوز هذا الرمى من النصف الاخير من ليلة النحر (ويكبر مع كل حصاة) فيقول بسم الله والله اكبر رغما الشيطان وحزبه اللهم اجعل حجى مبرورا وسعيى مشكورا وذنبى مغفورا ولو سبح مكان التكبير اجزأه لحصول الذكر هذا بيان للافضل فلو لم يذكر الله اصلا اجزأه (ويقطع التلبية باولها) اى مع اول حصاة يرميها على الصحيح لما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام لم يزل يلبى حتى رمى جمرة العقبة ولا فرق بين المفرد والمتمتع والقارن (ولا يقف عندها) لان النبى عليه الصلاة والسلام لم يقف عند جمرة العقبة (ثم يذبح ان احب) لان الكلام فى المفرد فليس عليه دم الا تطوعا (ثم يحلق) رأسه بعد الذبح (وهو) اى الحلق (افضل) من التقصير كما ان حلق الكل افضل من حلق الربع (او يقصر) التقصير ان يأخذ من رؤس شعره قدر انملة ويجب اجرار الموسى على رأس الاقرع على المختار ان امكن والا بان كان برأسه قروح لا يمكن اجراره عليه سقط كما فى التبيين والمراد ازالة الشعر ولو بالنار او النورة ولم يعذر من لم يجد الحلاق او الموسى فاذا مضى ايام النحر فعليه دم ويستحب له قلم الاظفار وقص شاربه والدعاء قبل الحلق وبعده مع التكبير ولا يأخذ من لحيته شيئا ولو فعل لا يجب عليه شئ (وقد حل له) كل شئ من محظورات الاحرام بعد اجراء هذين (غير النساء) اى لم يحل له جماعهن ودواعيه كالقبلة والمس بشهوة لا النظر فى فرجها فلا يجب به شئ وان انزل وقال الشافعى ومالك فى قول لا يحل له الطيب والصيد ايضا او طيبة عليهما ماروت عائشة رضى الله تعالى عنها اذا حلق الحاج حل له كل شئ الا النساء وقالت طيبت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم لاحرامه ولاحلاله قبل ان يطوف

بالبيت واما ما فى الخانية الصحيح ان الطيب لايحل له لانه من دواعى الجماع فضعيف تدبر (ثم يذهب من يومه) وهو يوم النحر ان استطاع (اوالغد) اى غد يوم النحر (اوبعده) اى بعد الغد ولايؤخر عنه كما فى المحيط (الى مكة فيطوف للزيارة) سبعة اشواط وهذا هو المفروض فى الحج وهو ركن فيه (بلارمل) بالتحريك (ولاسعى) بين الصفا والمروة (ان كان) قد (قدمهما) فى طواف القدوم (والا) اى وان لم يقدمهما فى طواف القدوم (رمل فيه) اى فى طواف الزيارة (وسعى بعده) والافضل تأخير السعى الى مابعد طواف الزيارة وكذا الرمل ليصير اتبعا للفرض دون السنة كما فى البحر (وقد حل له النساء) ولو فى الحقيقة بالحلق السابق لان الحلق وان كان بمنزلة السلام الان عمله يتأخر فى حقهن الى الطواف فاذا طاف عمل الحلق عمله كالطلاق الرجعى اخر عمله الى انقضاء العدة (واول وقته) اى طواف الزيارة (بعد طلوع فجر النحر) وهو اليوم الاول (وهو) اى طواف الزيارة (فيه) اى فى اول يوم النحر لافى يوم النحر لان ذلك واجب حتى يجب الدم بالتأخير عنه كما فى الاصلاح (افضل) لما ورد الحديث افضلها اولها (وكره) تحريما (تأخيره) اى طواف الزيارة (عن ايام النحر) لترك الواجب (ثم يعود) من مكة (الى منى) بعد ما صلى ركعتى الطواف وينبغى للمصنف ان يصرح به كما فى الهداية (فيرمى الجمار الثلث فى اليوم الثانى) من ايام النحر (بعد الزوال) وهو مشهور من الرواية عن الامام الى الغروب استحبابا والى آخر الليل جوازا (يبدأ) فى الرمى (بالتى) اى الجمرة التى (تلى المسجد) اى مسجد الخيف بفتح الخاء المعجمة وسكون الياء وهو المكان المرتفع (فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها) حامدا مهللا مكبرا مصليا على النبى صلى الله تعالى عليه وسلم رافعا يديه حذاء منكبيه (ويدعو) لحاجته ويستحب الاستغفار لنفسه ولابويه ولاخوانه واقاربه وللمؤمنين والمؤمنات (ثم بالتى تليها) اى تلى الجمرة الاولى وهى الجمرة الوسطى وبينها وبين الاولى ثلثمائة وخمسة اذرع كما فى القهستانى (كذلك) اى سبع حصيات مكبرا مع كل حصاة ويقف عندها ويدعو (ثم يبدأ) (بجمرة العقبة) اى يرمى من بطن الوادى وبينها وبين الوسطى اربعمائة وسبعة وثمانون ذراعا كما فى القهستانى (كذلك) اى سبع حصيات مكبرا مع كل حصاة ويدعو (الا انه لايقف عندها) اى عند جمرة العقبة لانه ليس بعده رمى (ثم يفعل فى اليوم الثالث كذلك) اى بعد الزوال الى آخر الليل مثل مافعل فى الثانى (ثم ان شاء نفر) اى رجع من منى (الى مكة وله) اى للحاج (ذلك) اى النفر (قبل طلوع فجر فى اليوم الرابع) وعند الشافعى ليس له ان ينفر بعد الغروب من اليوم الثالث (لابعده) اى ليس له النفر بعد طلوع فجر اليوم الرابع (حتى يرمى) لانه وجب عليه رمى الجمار من طلوع الفجر وعند الشافعى من نصف الليل (وان شاء اقام) بمنى فرمى كما تقدم فى اليومين الاولين (وهو احب) اى المكث فيه مستحب لان النبى عليه الصلوة والسلام مكث فيه حتى رمى الجمار الثلث (وان رمى فيه) اى فى اليوم الرابع (قبل الزوال جاز) عند الامام اقتداء بابن عباس رضى الله تعالى عنهما وهذا استحسان (خلافا لهما) فانه لايجوز عندهما وعند الشافعى الابعد الزوال اعتبارا بسائر الايام (وجاز) للرامى (الرمى راكبا) لحصول فعل الرمى (وغير راكب افضل فى غير جمرة العقبة) فان رميها راكبا افضل باعتبار انه ذاهب الى مكة فى هذه الساعة كما هو العادة وغالب الناس راكب فلا ايذاء فى ركوبه مع تحصيله فضيلة الاتباع له عليه الصلاة والسلام (ويبيت ليالى الرمى بمنى) فيكره ان لايبيت بمنى ليالى منى ولو بات فى غيره من غير عذر لاشئ عليه عندنا وعند الشافعى فى قول واجب (وكره تقديم ثقله) الثقل بفتحتين المتاع المحمول على الدابة والجمع اثقال (الى مكة قبل نفره) لانه يوجب شغل قلبه وهو فى العبادة فيكره وفيه اشارة الى انه يكره ترك امتعته بمكة والذهاب الى عرفات بالطريق الاولى لكن عند عدم الامن عليها بمكة اما ان امن فلا لعدم شغل القلب فى المسئلتين (فاذا نفر الى مكة نزل بالمحصب) هو بضم الميم وفتح الحاء

﴿والصاد﴾

والصاد المهملتين مع تشديد الصاد اسم موضع وادواسع بين مكة ومنى يسمى الابطح (ولو ساعة) لان النبي عليه الصلوة والسلام نزل به ساعة يسيرة ودعا فيه بنحو ما تقدم من الادعية والنزول سنة عندنا وعند الشافعي لبس بسنة (فاذا اراد الظعن) اى السفر والرحيل (عنها) اى عن مكة (طاف للصدر) ويسمى طواف الوداع وطواف آخر العهد وطواف الواجب (سبعة اشواط بلا رمل ولا سعي) ثم صلى ركعتين فان تشاغل بمكة بعد طواف الصدر فليس عليه طواف آخر وعن ابي يوسف والحسن لزمه اعادته وعن الامام استحب له ان يطوف طوافا آخر كيلا يكون بين طوافه ونفره حائل ومن نفر ولم يطف للصدر فانه يرجع فيطوفه بغير احرام جديد ما لم يتجاوز الميقات فان جاوزها لم يجب الرجوع و يلزمه دم فان رجع رجع بعمرة ويبتدئ بطوافها لانه تعين عليه بالاحرام فاذا فرغ من عمرته طاف للصدر ويسقط عنه الدم وقالوا الاولى ان لا يرجع ويريق دما لانه انفع للفقراء وايسر عليه لما فيه من دفع ضرر التزام الاحرام ومشقة الطريق كما في الفتح (وهو) اى طواف الصدر (واجب) لقوله عليه الصلوة والسلام من حج البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ولكن لا يشترط له نية معينة حتى لو طاف بعد ما حل النفر ونوى التطوع اجزأه عن الصدر وقال الشافعي انه غير واجب (الا على المقيم بمكة) هذه مستدركة لانها ذكرت في بيان الواجبات لكن المصنف ذكره اتباعا لاكثر المتون تتبع (ثم يستقي) بنفسه ان قدر (من) بئر (زمزم ويشرب) من مائه مستقبل القبلة و يتضلع منه ويتنفس فيه ثلاث مرات ويرفع بصره كل مرة وينظر الى البيت العتيق ويمسح به وجهه ورأسه وجسده ويصب عليه ان تيسر ويقول في كل مرة اللهم اني اسئلك علما نافعا ورزقا واسعا وشفاء من كل داء وقد شربه جماعة من العلماء لطالب جليلة فنالوها ببركته كما في التبيين (ثم يأتي الباب) اى باب الكعبة (ويقبل العتبة) تعظيما للكعبة (ويضع صدره وبطنه وخده الايمن على الملتزم) بضم الميم وفتح الزاى هو ما (بين الباب والحجر الاسود) مسافة اربعة اذرع (ويتشبث) اى يتعلق (بالاستار) اى استار الكعبة (ساعة) كالمتعلق بطرف ثوب لمولى جليل استعانة في امر ليس له فيه سبيل (ويدعو) حال كونه (مجتهدا) فانه موضع الاجابة (ويبكي) او يتباكى متحسرا على فراق البيت قائلا لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير آئبون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون صدق الله وعده (ويرجع) من المسجد (القهقرى) اى رجوعا الى خلف ناظرا الى البيت (حتى يخرج من المسجد) هذا بيان للمستحب وقدم شرب ماء زمزم على غيره وهو المختار وفي بعض الكتب تأخيره عن التزام الملتزم وتقبيل العتبة لكن يخالف الرواية و يستحب ان يقول فيه هذا بيتك الذي جعلته مباركا وهدى للعالمين فيه آيات بينات مقام ابراهيم ومن دخله كان آمنا الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله اللهم كما هديتنا كذلك فتقبله منا ولا تجعله آخر العهد من بيتك الحرام وارزقني العود اليه حتى ترضى عني برحمتك يا ارحم الراحمين وهنا قد تم افعال الحج مع التقصير في التقرير اللهم يسر لنا الحج الشريف مرة بعد اخرى فلله الحمد في الآخرة والاولى

﴿ فصل ﴾

في بيان المسائل التي تتعلق بالوقوف واحوال النساء واحوال البدن وتقليدها (ان لم يدخل المحرم مكة) سواء كان محرما من الميقات او الحل (وتوجه الى عرفة ووقف بها) على ما بيناه من احكام الوقوف (سقط عنه طواف القدوم) حقيقة السقوط لا تكون الا في اللازم لكن عبر به بطريق المجاز عن عدم سنية الاتيان به بعد ما وقف بعرفة لانه ما شرع الا في ابتداء الافعال (ولا شئ عليه لتركه) لانه لا يجب بتركه السنة الجابر (ومن وقف او اجتاز) اى سلك ومر (بعرفة ساعة) اى زمانا يسيرا لا الساعة النجومية (ما بين زوال الشمس من يوم عرفة وطلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك الحج) لانه عليه الصلاة والسلام وقف بعد الزوال وقال من ادرك عرفة بليل فقد

ادرك الحج فكان فعله بيانا لاول وقته وقوله بيانا لآخره (ولو) وصلية كان الواقف (نائما او مغمى
عليه اولم يعلم انها عرفات) لان ماهو الركن قدوجد وهو الوقوف والمشى وان اسرع لايخلو عن
قليل وقوف وفيه اشارة الى ان النية ليست بشرط لكل ركن الا ان يكون ذلك الركن ممايستقل
عبادة مع عدم احرام تلك العبادة فيحتاج فيه الى اصل النية وعن هذا وقع الفرق بين الوقوف
والطواف فانه لوطاف هاربا اوطالبا الهارب اولايعلم انه البيت الذى يجب الطواف به لايجزيه لانه
عبادة مقصودة ولهذا يتنفل به فلابد من اشتراط اصل النية وان كان غير محتاج الى تعيينه حتى ان
المحرم اوطاف يوم النحر ونوى به النذر يجزيه عن طواف الزيارة لاعما وجب عليه واما الوقوف فليس
بعبادة مقصودة فوجود النية فى اصل العبادة وهو الاحرام يغنى عن اشتراطه فى الوقوف مع ان الوقوف
اعظم الركنين لكن باعتبار الامن من البطلان عند فعله لامن كل وجه (ومن فاته ذلك) اى الوقوف
بعرفات على الوجه المشروح (فقد فاته الحج فيطوف ويسعى) للعمرة (ويتحلل) اى يخرج
عن احرام الحج وفيه اشعار ببقاء احرامه بعد فوت الحج وهذا قول الطرفين واما عند ابى يوسف
فاحرامه انقلب باحرام العمرة وفائدة الخلاف انه لواحرم بحجة اخرى بعد الفوت وجب رفضها
عند الامام لان الجمع بين الاحرامين بدعة ولم يصح الثانية عند محمد لانه لايتصور اداء حجتين معا ومضى
فيها عند ابى يوسف لانه محرم بعمرة اضاف احرامه بحجة والصحيح قول الامام كما فى القهستانى نقلا
عن المحيط (ويقضى من) عام (قابل) اى آت وفيه اشعار بانه لايقضى العمرة لانه قد اداها فى عامه
ذلك (ولادم عليه) لان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم لم يبينه وقال الشافعى ومالك عليه هدى
(ولو امر رفيقه ان يحرم عنه عند اغمائه ففعل) الرفيق (صح) الاحرام عنه اجماعا حتى اذا افاق
واتى بافعال الحج جاز (وكذا) يصح عند الامام (ان فعل) رفيقه (بلا امر) لانه امره دلالة
لان عقد الرفقة يقتضى استعانته بالرفقاء فيما عجز عن مباشرته بنفسه والثابت دلالة كالثابت نصا
(خلافا لهما) لان الاحرام شرط فلا يسقط الا بفعل الحاج او بفعل من امره به وانما قيد برفيقه
لانه لواحرم غيره لم يصر محرما كما قالا واما عنده ففيه اختلاف المشايخ وفيه اشارة الى ان الرفيق
ليس بنائب عنه فى سائر المناسك الا ان يطيف به والاصح انه نائب عنه الا ان الاولى ان يطيف به ليكون
اقرب الى ادائه لوكان مفيقا كما فى النهاية وعند الشافعى ومالك لايصح بالاذن وعدمه (والمرأة
فى جميع ذلك) اى فى جميع احكام الحج (كالرجل) لعموم الاوامر مالم يقم دليل الخصوص
(الا انها تكشف وجهها) كالرجل وانما ذكر مع ان المرأة لاتخالف الرجل فى كشف الوجه لان
المتبادر الى الفهم انها لاتكشفه لما انه محل الفتنة كما قيل لانه عليه الصلوة والسلام لم يشرع للمرأة
كشف الوجه فى الاحرام خصوصا عند خوف الفتنة وانما ورد النهى عن النقاب والقفازين
لايتوهم من عبارته اختصاصها بالمتقدم ان الرجل يكشف وجهه ورأسه (لارأسها) لان رأسها
عورة (ولو سدلت) اى ارسلت وفى بعض النسخ اسدلت وهو لغة فليس بخطأ كما قال المطرزى
(على وجهها شيئا وجافته) اى باعدت ذلك الشئ عن وجهها (جاز) ذلك السدل وفى شرح
الطحاوى ان الاولى كشف وجهها لكن فى النهاية ان السدل اوجب ودلت المسئلة على ان المرأة
لاتكشف وجهها للاجانب من غير ضرورة (ولاتجهر بالتلبية) لما ان صوتها يؤدى الى الفتنة
على الصحيح او عورة كما فى البحر واوقال ولاترفع الصوت لكان اولى لان المنهى فى حقهن رفع الصوت
لا الجهر والفرق ظاهر (ولا ترمل) بالطواف (ولاتسعى بين الميلين) ولاتصعد فى الصفا
والمروة الا ان تجد خلوة كما فى التحفة وفيه اشارة الى انها لاتضطبع لانه سنة الرمل (ولاتحلق) لان
حلق رأسها كحلق اللحية فى الرجل (بل تقصر) وهى كالرجل فيه (وتلبس المخيط) تحرزا عن
الكشف ولاتلبس المصبوغ الا اذا كان غسيلا (ولاتقرب الحجر) الاسود (اذا كان عنده رجال) تحرزا

عن مماسة الرجال بخلاف ما اذا لم يكن لعدم المانع والخنثى المشكل كالمرأة احتياطا الا انه لا يخلو بامرأة لاحتمال ان يكون رجلا ولا برجل لاحتمال ان يكون امرأة كما في الشمني (ولو حاضت عند الاحرام اغتسلت) وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلاة فيكون مفيدا للنظافة (واتت بجميع المناسك الا الطواف) قال عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة فيعتبر فيه الطهارة عن الحيض كما يعتبر فيها الا ان اعتبارها فيها فرض وفيه واجب فلا يفوت الجواز بدونها كما في الاصلاح ولو حاضت يوم النحر قبل الطواف لم تنفر حتى تطهر وتطوف (وان حاضت بعد) الوقوف و(طواف الزيارة سقط عنها طواف الصدر ولا شيء عليها لتركه) اى ترك طواف الصدر ولم يأمرهن باقامة شيء مقامه (كما يسقط عمن اقام بمكة) لانه على من يصدر من مكة فان اقام قبل ان يحل النفر الاول سقط عنه طواف الصدر بالاتفاق (ولو بعد النفر) الاول بسكون الفاء الرجوع (عند ابي يوسف) لان طواف الصدر انما يجب على الصادر وهو مستوطن الا ان يكون عزم على الاقامة بعد ما افتتح الطواف فلا يسقط (وعند محمد لا يسقط بالاقامة بعده) اى بعد النفر الاول لانه ادرك وقته فتأكد اداؤه عليه وفي الهداية يروى هذا عن الامام ويرويه البعض عن محمد (ومن قلد بدنة تطوع او نذر او جزاء صيد) بان قتل صيدا ووجبت قيمته فاشترى بها بدنة في سنة اخرى وقلدها وساقها الى مكة (او نحوه) من بدنة المتعة او القران والتقليد ان يربط على عنق بدنة قطعة نعل او لحا شجرة او نحوه والمقصود منه الاعلام (وتوجه معها) اى مع البدنة الى مكة حال كونه (يريد الحج فقد احرم) اى صار محرما (وان لم يلب) لقوله عليه الصلوة والسلام من قلد بدنة فقد احرم لان سوق الهدى في معنى التلبية في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة فانه كما يكون بالقول يكون بالفعل وقال الشافعي ومالك لا تصح بلا نية (فان بعث بها) اى بالبدنة (ثم توجه) اى ان لم يسق البدنة بعد التقليد بل بعثها (فلا) يصير محرما (حتى يلحقها) فاذا لحقها يصير محرما هذا على ما اختاره فخر الاسلام من عدم اعتبار السوق في كونه محرما كما في الاصلاح (الا في بدنة المتعة) حيث يصير محرما حين توجه ان نوى الاحرام قبل ان يلحقها (واو جللها) اى القى عليها الجل (او اشعرها) سيأتي بيانه (او قلد شاة لا يكون محرما) لان تقليدها لا يسن ولا يتعارف الا عند الشافعي (والبدن) بضمتين جمع بدنة (من البقر والابل) وقال الشافعي من الابل فقط وقال مالك مثله الا ان عجز عن الابل فمن البقر

﴿ باب القران والتمتع ﴾

لما فرغ من بيان احكام المفرد بالحج شرع في بيان احكام المركب وهو القران والتمتع والقران لغة مصدر قرن بين الحج والعمرة اى جمع بينهما فلا يظن انه بيان الحكم قبل التعريف كما في القهستاني اعلم ان المحرمين اربعة مفرد بالحج وهو ان يحرم من الميقات في اشهر الحج ويذكر الحج بلسانه عند التلبية ويقصد بقلبه او لم يذكر بلسانه وينوى بقلبه كما بيناه ومفرد بالعمرة وهو ان يحرم من الميقات او قبله في اشهر الحج او قبلها او يذكر العمرة بلسانه عند التلبية او يقصد بقلبه او لم يذكر بلسانه وينوى بقلبه وقارن وهو ان يجمع بين احرام الحج والعمرة في الميقات او قبله في اشهر الحج او قبلها او يذكر الحج والعمرة بلسانه عند التلبية ويقصد بقلبه او لم يذكرهما بلسانه وينويهما بقلبه ومتمتع وهو ان يحرم بالعمرة في اشهر الحج او قبلها ثم يحج من عامه ذلك قبل ان يلم باهله الماما صحيحا (القران افضل) من الافراد والتمتع فحذف بقرينة قوله (مطلقا) والتمتع افضل من الافراد وهو ظاهر الرواية وروى ابن شجاع عن الامام ان الافراد افضل من التمتع وفي النظم ان القران افضل من التمتع عند الطرفين وانهما سواء عند ابي يوسف وقال الشافعي الافراد افضل ثم التمتع ثم القران وهو قول مالك على ما اختاره اشهب وقال احمد التمتع افضل ثم الافراد ثم القران كما في التبيين والمراد بالافراد ههنا افراد كل واحد من العمرة والحج بسفر على حدة اى كونهما متقاربين افضل من كونهما

معه الاساءة ومافى المتون على نفى الصحة الشرعية المثاب عليها فحصل الاتفاق على وجود التمتع
من المكى وان كان غير مباح تدبر (ومن هو داخل المواقيت) لانه بمنزلة المكى (فان عاد المتمتع الى
اهله بعد العمرة) اى بعد اداء افعالها (ولم يكن ساق الهدى بطل تمتعه) لانه الم باهله بين
النسكين الماما صحيحا خلافا للشافعى وقيد بالتمتع اذ القارن لا يبطل قرانه بالعود وفى الجوهرة اذا
رجع الى غير بلده كان متمتعا عند الامام وعندهما لا وعلى هذا لوقال الى بلده لكان اولى لانه يكون
متفقا عليه (وان كان قد ساقه لا) اى لايبطل تمتعه عند الشيخين اذ لايجوز له التحلل فيكون عوده
واجبا فاذا عاد واحرم بالحج كان متمتعا خلافا لمحمد (ومن طاف للعمرة قبل اشهر الحج اقل من اربعة)
اشواط (واتم بعد دخولها) اى اشهر الحج (وحج كان متمتعا) لان الاحرام شرط فيصح تقديمه
على اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر وله حكم الكل (وان كان طاف اربعة)
اشواط او اكثر قبل اشهر الحج (فلا) لانه ادى الاكثر قبل اشهره (واو اعتمر كوفى فى اشهر الحج وتحلل
واقام بمكة) ولو قال وسكن بداخل الميقات لكان اولى لان المعتبر فى هذه الصورة عدم التجاوز عن
الميقات لا الاقامة بمكة والحرم كما فى الاصلاح (وحج) فى عامه ذلك (صح تمتعه) لترفقه بنسكين
فى سفر واحد فى اشهر الحج (وكذا) يصح تمتعه (اواقام ببصرة) لان سفره باق حيث لم يعد الى وطنه
(وقيل لايصح عندهما) لان نسكيه ميقاتان قائله ابو جعفر الطحاوى وصاحبا المختلف والمنظومة
اخذا بقول الطحاوى وحققا الخلاف لكن انكر الخلاف ابو بكر الرازى وصوب قوله فخر الاسلام
ولهذا اختاره المصنف والمراد بالكوفى الافاقى الذى يشرع له التمتع او القران كان بالبصرة مكان لاهل
التمتع والقران سواء كان البصرة او غيرها (واو افسد) كوفى (عمرته) بالجماع مثلا (واقام ببصرة
وقضاها) قبل ان يرجع الى اهله (وحج) فى عامه ذلك (لايصح تمتعه) عند الامام لان حكم السفر
الاول قائم لاينقطع ما لم يعد الى وطنه فكانه لم يخرج من مكة (الا ان يعود الى اهله) بعد ما مضى
فى الفاسد وبعد ما حل منه (ثم يأتى بهما) اى بالعمرة والحج لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر
الاول بالالمام فاجتمع النسكان فى سفر واحد وعندهما وهو مذهب الشافعى ومالك (يصح)
تمتعه (وان) وصلية (لم يعد) الى اهله (وان بقى بعد الافساد) اى افساد عمرته (بمكة وقضى)
عمرته (وحج من غير عود لايصح تمتعه اتفاقا) لان عمرته مكية والسفر الاول قد انتهى بالعمرة
الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة (وما افسده المتمتع من عمرته او حجه مضى فيه) يعنى الكوفى اذا احرم بعمرة
ثم حج من عامه ذلك فاى النسكين افسده مضى فيه لانه لايمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بافعال
الحج (وسقط عنه دم التمتع) وعند الشافعى ومالك عليه دم (ومن تمتع فضحى لاتجزيه عن دم
المتعة) لانه لم يترفق باداء النسكين الصحيحين فى سفر واحد ولو تحلل يجب عليه دمان دم المتعة
ودم التحليل قبل الذبح ﴿باب الجنايات﴾ لما بين احكام المحرمين شرع فيما يعتريهم
وانما جمعها باعتبار انواعها لان الواجب لها قد يكون دما او دمين او تصدقا ودما او غير ذلك
الجناية اسم لفعل محرم شرعا واصطلاح الفقهاء انما تطلق على ما يكون فى النفس او الطرف
واما الفعل فى المال فغصب او سرقة خلافا للشافعى او نحوها (ان طيب) اى استعمل طيبا ولو سهوا
(المحرم) البالغ لان الصبى لايجب عليه دم وقال الشافعى يجب عليه ما يجب على البالغ (عضوا)
كاملا كالرأس والفخذ والساق وما اشبه ذلك او قدره فى اعضاء متفرقة ولو طيب كل البدن فى
مجلس واحد كفاه دم وفى مجالس وجب لكل دم عند الشيخين سواء كفر للاولى اولا وعند محمد
عليه كفارة واحدة ما لم يكفر الاولى (لزمه دم) اى شاة وانما قيدنا بها لان سبع البدنة لايكفى
بخلاف دم الشكر كما فى البحر (وكذا) اى لزمه دم عند الامام (لو ادهن) اى استعمل الدهن
(بزيت) او خل لا على وجه التداوى سواء كان مطبوخا مطيبا او غير مطيب اذا بلغ عضوا كاملا

(وعندهما صدقة) في غير المطيب واما في المطيب كدهن البنفسج وغيره فيجب الدم بالاتفاق وقال الشافعي يجب عليه الدم في الشعر وفي البدن لاشئ عليه وانما قال بزيت لانه لوادهن بسمن اوشحم اوالية لاشئ عليه بالاتفاق (ولوخضب رأسه) اولحيته (بحناء) هذا اذا كان مايعا واما اذا كان متلبدا فيجب دمان دم للطيب ودم للتغطية وعندالشافعي لاشئ به (اوستره) اى الرأس بما كان من جنس مايغطى به سواء ستره بنفسه او يلقى غيره وهو نائم (يوما كاملا) اوليلة كاملة (فعليه دم) وان لم يكن يوما كاملا فعليه الصدقة وعن ابي يوسف اكثر من نصف يوم اوليلة وفي المحيط ولوغطى ربع رأسه يوما او اكثر فعليه دم وفي الاقل صدقة لانه محظور للاحرام وللربع حكم الكل وعن محمد اكثره (وكذا لزمه دم لولبس مخيطا) على الوجه المعتاد (يوما كاملا) اوليلة كاملة لان الارتفاق الكامل الحاصل في اليوم حاصل في الليلة وان مادونهما كما دونه ولولبس المخيط ودام عليه اياما اوكان ينزعه ليلا ويعاوده نهارا اوعكسه يلزمه دم واحد مالم يعزم على الترك عند النزع فان عزم ثم لبس تعدد الجزاء كفر للاولى اولا وفي الثانية خلاف محمد وكذا لولبس يوما فاراق دما ثم دام على لبسه يوما آخر فعليه جزاء آخر بلاخلاف لان الدوام فيه حكم الابتداء ولوجمع بين اللباس من قميص وعمامة وخف بسبب واحد فعليه جزاء واحد والاتعدد الجزاء (اوحلق) وقصرا وتنور (ربع رأسه) على رواية الجامع الصغير واما رواية الاصل فاعتبار الثلث (او) ربع (لحيته) اواكثر ولومكرها لزمه الدم لتكامل الجناية بتكامل الارتفاق لان بعض الناس يعتاده وان اقل فعليه صدقة وعن محمد انه اذا سقط من احدهما عند التوضئ عشر شعرات لزمه دم وعند الشافعي لزمه دم بحلق ثلاث شعرات فصاعدا من بدنه وعند مالك حلق مايميط الاذى (اوحلق رقبته) كلها (او ابطيه اواحدهما) لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة (اوعانته) لما قلنا (وكذا) لزمه دم عند الامام (اوحلق محاجمه) المحاجم جمع المحجم بالفتح اسم موضع الحجامة وبالكسر قارورة الحجام (وعندهما) لزمه (صدقة) ولم يتعرض المصنف لحكم الشارب وفي الفتح ان اخذ من شاربه اواخذه كله فعليه طعام لادم هو الصحيح (وان قص اظافير يديه ورجليه في مجلس واحد فعليه دم) واحد (وكذا) لزمه دم (او قص اظافير يد واحدة اورجل واحدة) اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق كما في اكثر الكتب لكن فيه كلام لان اليد عضو مستقل فلاوجه لجعلها ربعا تدبر (وان قص اظافير يديه اورجليه في اربعة مجالس فعليه اربعة دماء) عند الشيخين لانها جنايات متعددة حقيقة لكنها متحدة معنى فعند اتحاد المجلس جعلنا الكل جناية واحدة (وعند محمد) تلزمه (دم واحد) الا اذا تخلل بينهما كفارة فانه لزمه كفارة اخرى فلوقص اظافار يد واحدة وذبح ثم قص اظفار يد اخرى لزمه ذبح آخر كما في المحيط (وان طيب اقل من عضو اوستر رأسه اولبس المخيط اقل من يوم فعليه صدقة) لتقاصر الجناية وفي بعض المعتبرات نقلا عن المنتقى انه اذا طيب ربع العضو فعليه دم (وكذا) يلزمه الصدقة (لو حلق اقل من ربع رأسه او) اقل من ربع (لحيته او حلق بعض رقبته او) بعض (عانته او) حلق (احد ابطيه او) حلق (رأس غيره) بامره اوبغير امره فعلى الحالق صدقة وعلى المحلوق دم خلافا للشافعي بغير امره على المحلوق ولو قص اظافير غيره فهو كالحلق عند الامام وعند محمد لاشئ عليه (او قص اقل من خمسة اظفار) يجب بكل ظفر صدقة خلافا لزفر لان للثلثة حكم الكل (او) قص (خمسة متفرقة) عند الشيخين لنقصان الجناية (وعند محمد في الخمسة المتفرقة دم) كما لو حلق ربع الرأس من مواضع متعددة (وان طيب) عضوا كاملا (اولبس) مخيطا (اوحلق) رأسه (لعذر خير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق بثلثة اصوع) على ستة مساكين لكل نصف صاع ولواختار الطعام اجزأه فيه التغدية والتعشية عند ابي يوسف اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد

لايجزيه لان الصدقة تنبئ عن التمليك (وان شاء صام ثلثة ايام) بلاشرط التتابع (ولو ارتدى) اى القى على منكبيه كالرداء ولم يلبسه (او اتشح بالقميص) الاتشاح ان يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه الايسر (او اتزر) اى شد على وسطه (بالسراويل فلا بأس به) لعدم اللبس المعتاد (وكذا) ولا بأس (او ادخل منكبيه فى القباء ولم يدخل يديه فى كميه) خلافا لزفر ﴿فصل﴾ وان طاف للقدوم اوللصدر جنبا) اى شخصا يجب الغسل فيشمل الحائض وغيرها (فعليه دم فتجب الاعادة) مادام بمكة فان عاد قبل الذبح سقط الدم وعند محمد ليس عليه ان يعيد طواف التحية لانه سنة وان اعاد فهو افضل كما فى التمنى (وكذا) يلزم الدم (لو طاف للركن) وهو طواف الزيارة (محدثا) وقال الشافعى ومالك لا تعتد بذلك الطواف وفيه اشعار بانه تجب الطهارة للطواف ولا تشترط وهو الصحيح كما فى المحيط وغيره (او ترك طواف الصدر اواربعة) اشواط (منه) لانه ترك الواجب اوالاكثر والاكثر حكم الكل (او) ترك (دون اربعة من الركن) لان النقصان يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث فينجبر بالدم (اوافاض) بحيث خرج من حدودها (من عرفة قبل الامام) اى قبل غروب الشمس وافاضة الامام اما اذا غربت الشمس وابطأ الامام بالدفع يجوز للناس الدفع قبل الامام لان وقت الدفع قد دخل فاذا تأخر الامام فقد ترك السنة فلا يجوز للناس تركها كما فى مختصر الكرخى فان عاد قبل الغروب سقط عنه الدم على الصحيح وان عاد بعد الغروب لا فى ظاهر الرواية كما فى الجوهرة وقال الشافعى لاشئ عليه فى الحالين (او ترك السعى) بين الصفا والمروة لانه من الواجبات عندنا فيلزمه بتركه الدم وحجه تام خلافا للشافعى فان عنده فرض فان سعى جنبا فالسعى صحيح لانه عبادة تؤدى فى غير المسجد وكذا بعد ما دخل وجامع وكذا بعد الاشهر (او) ترك (الوقوف بمزدلفة) لانه من الواجبات هذا اذا كان قادرا اما اذا كان به ضعف او علة او امرأة تخاف الزحام فلاشئ عليه (او) ترك (رمى الجمار كلها) وعند الشافعى لزمه اربعة دماء وعند مالك بدنة (او) ترك (رمى يوم) واحد لانه نسك تام (او) ترك (رمى جمرة العقبة يوم النحر) لانها وظيفة هذا اليوم (او) ترك (اكثره) اى اكثر رمى جمرة العقبة لان للاكثر حكم الكل وان ترك اقله تصدق لكل حصاة نصف صاع ويؤمر بالاعادة فى الوقت فان اعاد على الترتيب يسقط الدم وفى التبيين ثم بتأخير رمى كل يوم الى اليوم الثانى يجب الدم عند الامام مع القضاء خلافا لهما وان اخره الى الليل ورمى قبل طلوع الفجر من اليوم الثانى فلاشئ عليه بالاجماع (ولو طاف للقدوم) وهو سنة وبالشروع صار واجبا (اوللصدر محدثا فعليه صدقة) لحطهما عن طواف الركن هذا هو الاصح وعن الامام عليه شاة وقال الشافعى لا يعتد به (وكذا) يلزمه الصدقة لكل شوط منه نصف صاع (لو ترك دون ثلثة) اشواط (من الصدر او) ترك (رمى احدى الجمار الثلث) لان الكل فى هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل الا ان يكون المتروك اكثر من النصف بان رمى ثمانى حصيات وترك الثلث عشرة حصاة فيجب عليه الدم لترك الاكثر (ولو ترك طواف الركن اواربعة منه بقى محرما ابدا) وان رجع الى اهله (حتى يطوفها) اى يقع اربعة منه بذلك الاحرام لانه ركن فلا يجوز عنه بدل (وان طافه) اى طواف الركن (جنبا) بلا اعادة (فعليه بدنة) لان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت (والافضل ان يعيده مادام بمكة) وفيه قصور لان الاصح ان يؤمر بالاعادة فى الحدث استحبابا وفى الجنابة ايجابا لفحش النقصان كما فى اكثر المعتبرات (ويسقط الدم) ان اعاد فى ايام النحر وان بعدها وقد طافه محدثا ففيه روايتان للامام والصحيح عدم الذبح واما اذا اعاده وقد طافه جنبا ان اعاده فى ايام النحر لاشئ عليه وان اعاده بعدها لزمه دم عند الامام بالتأخير وتسقط عنه البدنة كما فى الجوهرة (ولو طاف للصدر طاهرا) ولو محدثا يلزمه دمان عند الامام فى رواية وفى رواية دم وصدقة (فى آخر ايام التشريق

بعدما طاف للركن محدثا فعليه دم) لعدم وجوب اعادة طواف الزيارة بالحدث بل اعادته بالحدث مستحبة فلم ينتقل الى الصدر لانه واجب (ولو طاف) للصدر طاهرا (بعدما طاف له) اى للركن (جنبا فدمان) عند الامام لانه ويجب نقل طواف الصدر الى طواف الزيارة او وجوب اعادة الركن فيجب دم لترك طواف الصدر ودم لتأخير طواف الزيارة عن ايام النحر على ما عرف من مذهبه (وعندهما دم فقط) لترك طواف الصدر ولاشئ لتأخير طواف الزيارة على ما عرف من مذهبهما (ايضا) كما اكتفى به فى المسئلة السابقة آنفا (وان طاف لعمرته وسعى محدثا يعيدهما) اى الطواف للنقصان والسعى لتبعيته له مادام بمكة ولاشئ عليه (فان رجع الى اهله ولم يعدهما فعليه دم) لترك الطهارة فيه فلا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير (ولاشئ لو اعاد الطواف فقط هو الصحيح) احتراز عما قال بعض المشايخ وعليه دم (وان جامع المحرم) فى احد السبيلين على اصح الروايتين عن الامام كقولهما لكمال الجناية (قبل الوقوف بعرفة ولو ناسيا) او مكرها (فسد حجه ويمضى فيه) كما يمضى من لم يفسد حجه (ويقضيه) من قابل سواء كانت حجة الاسلام اولا لانه ادى الافعال مع وصف الفساد والمستحق عليه اداؤها بوصف الصحة (وعليه دم) وادناه شاة ويقوم الشرك فى البدنة مقامها وقال الشافعى تجب بدنة ان عامدا (وليس عليه ان يفترق عن زوجته فى القضاء) لان الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق لكنه مستحب اذا خاف الوقاع وعند مالك يفارقها اذا خرجا من بيتهما كما فى عامة الكتب وفى المنظومة كما تعديا مصرهما الى ان يفرغا وعند زفر اذا احرما وعند الشافعى اذا بلغا المكان الذى واقعها فيه (وان جامع بعد الوقوف قبل الحلق لا يفسد) الحج خلافا للشافعى (وعليه بدنة) روى ذلك عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وفى اطلاقه اشارة الى شمول ما اذا جامع مرة او مرارا ان اتحد المجلس واما ان اختلف فبدنة للاول وشاة للثانى فى اقوال الشيخين وعند محمد يكفيه كفارة واحدة الا ان يكون كفر للاول (ولو) جامع (بعد الحلق قبل طواف الزيارة فعليه دم) اى شاة لقصد الجناية لوجود الحل الاول بالحلق كما فى عامة المتون ومشى عليه اصحاب الشروح وفى المبسوط والبدائع والاسبيجابى فعليه البدنة وفى الفتح انه الاوجه (وكذا) يلزمه دم (لو قبل او لمس بشهوة وان لم ينزل) هذه رواية الاصل لان الدواعى محرمة لاجل الاحرام مطلقا فيجب الدم مطلقا وفى الجامع الصغير وعليه دم (وكذا) يلزمه دم (لو جامع فى عمرته قبل طواف الاكثر وفسدت) عمرته لوجود المنافى (وقضاها) اى العمرة لانها لزمت بالاحرام كالحج (وان) جامع (بعد طواف الاكثر لزمه الدم) اى شاة (ولا تفسد) العمرة لوجود الاكثر وقال الشافعى تفسد فى الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج (ولاشئ ان انزل بنظر ولو الى فرج) لانه ليس بجماع كما لو استمنى فانزل وعن الامام دم (وان اخر الحلق او طواف الزيارة) بلا عذر (عن ايام النحر فعليه دم) عند الامام لانهما موقتان بايام النحر فاذا اخرهما عن ايام النحر ترك واجبا فلزمه دم (خلافا لهما) فان عندهما لادم الا انه مسئ وكذا عند الشافعى (وكذا الخلاف لو اخر الرمى او قدم نسكا) بالضم والسكون اى عبادة من عباداته فى الاصل مصدر بمعنى الذبح لله ثم استعير للذبيحة ثم لكل عبادة (على نسك هو قبله) كالحلق قبل الرمى ونحر القارن قبل الرمى والحلق قبل الذبح (وان حلق فى غير الحرم الحج وعمرة فعليه دم) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) وفى الهداية ذكر فى الجامع الصغير قول ابى يوسف فى المعتمر ولم يذكر فى الحاج فقيل هو بالاتفاق والاصح انه على الخلاف (فلو عاد المعتمر) الى الحرم (بعد خروجه) اى من الحرم (فقصر فلادم اجماعا) لانه اتى الواجب فى مكانه فلا يلزمه جابر (ولو حلق القارن قبل الذبح لزمه دمان) عند الامام احد الدمين بمجموع التقديم والتأخير والاخر دم القران (وعندهما دم) واحد وهو دم القران ليس غير لا للحلق قبل اوانه ولو وجب ذلك لزم

فى كل تقدم نسك على نسك دمان لانه لاينفك عن الامرين ولاقائل به كما فى الفتح وغيره وبهذا
ظهر ضعف ما قيل دم بالحلق قبل اوانه ودم لتأخير الذبح عن الحلق (والدم حيث ذكر) فى
الجنايات (شاة تجزئ فى الاضحية والصدقة) اذا ذكرت يراد بها (ما يجزئ فى الفطرة)

﴿فصل﴾ لما كانت الجناية على الاحرام فى الصيد نوعا آخر فصله عما قبله فى فصل
على حدة (ان قتل المحرم صيد بر) ولو من غير الحرم وقيده بالبر لان صيد البحر حلال للمحرم
سواء كان مأكولا اولا وهو الصحيح كما فى اكثر المعتبرات وبه يظهر ضعف ما قيل من انه
لايحل له الامايؤكل لحمه خاصة والصيد الحيوان المتوحش باصل الخلقة وهو نوعان برى يكون
توالده فى البر وبحرى عكس ذلك ولااعتبار بالمعاش (اودل) المحرم لان الحلال اذادل عليه لاشئ
عليه وفى الهارونى اذادل عليه محرم عليه نصف قيمته (عليه) اى على صيد (من قتله فعليه
الجزاء) وعند الشافعى ومالك لاشئ على الدال وهو القياس والدلالة المعتبرة ان يكون الدال
محرما عنداخذ المداول الصيد والمداول غير عالم بمكانه وان يصدق المداول الدال فى هذه الدلالة
حتى اذاكذبه ولم يتبع الصيد بدلالته ودل عليه آخر فصدقه وقتل الصيد فالجزاء على الثانى وعلى
هذا وقال اوكان سببا له بالدلالة عليه كما فى الاصلاح لكان اشمل (وهو) اى الجزاء (قيمة الصيد
بتقويم عدلين) لهما بصارة فى قيمة نفس الصيد فلا يعتبر كون البازى معلما وفى الكافى والواحد
يكفى والمثنى احوط (فى موضع قتله) ان كان له قيمة فيه كبلد (اوفى اقرب موضع منه ان لم تكن له
فيه) اى فى موضع قتله (قيمة) بان كان فى الصحراء لايباع فيه الصيد ولابد من اعتبار الزمان
والمكان فى القيمة على الاصح لانها مختلفة باعتباره كما فى المحيط (ثم) ان علمت قيمته بتقويمهما للقاتل
اوللدال الخيار فيه (ان شاء اشترى بها) اى القيمة (هديا ان بلغت) قيمته ثمن الهدى (فذبحه
بالحرم) فيخرج عن العهدة بمجرد ذبحه فيه ولوذبح فى غير الحرم لايخرج عن العهدة الااذاتصدق
على كل مسكين قدر قيمة نصف صاع من بر (وان شاء اشترى بها طعاما فتصدق به) اى بالطعام
(على كل فقير نصف صاع من بر اوصاع من تمر اوشعير لا اقل) مما ذكر ولو دفع اكثر متبرعا بما زاد
جاز (وان شاء صام عن طعام كل فقير) اى بدل كل نصف صاع اوصاع مأخوذ من القيمة (يوما
فان فضل اقل من طعام فقير) وكذا ان كان الواجب ابتداء دون طعام المسكين بان كان قيمته اقل
من نصف صاع وعلى هذا او بلغ قيمته اكثر من هديين ان شاء ذبحهما اوتصدق بهما اوصام
عنهما او ذبح احدهما وادى بالاخر ولايجوز بالهدايا الامايجوز فى الضحايا (تصدق به او صام
عنه) اى عما فضل (يوما كاملا) لان الصوم لايقبل التجزى (وعند محمد) وهو مذهب الشافعى
ومالك (الجزاء نظير الصيد فى الجثة فيما له نظير) لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم (ففى الظبى
شاة وفى الضبع شاة وفى الارنب عناق) وهى الانثى من ولد المعز (وفى اليربوع جفرة) وهى الانثى
من ولد المعز ما بلغت اربعة اشهر (وفى النعامة بدنة وفى حمار الوحشى بقرة ومالا نظير له) من الحيوان
(فكقولهما) اى فجزاؤه قيمة الصيد بتقويم عدلين مثل العصفور والحمامة واشباههما (والعامد
والناسى) سواء كانا قاتلين اودالين (والعائد والمبتدى فى ذلك) اى فى وجوب الجزاء (سواء) لعدم
اختلاف الموجب (وان جرح الصيد اوقطع عضوه اونتف شعره ضمن مانقص من قيمته) اعتبارا
للجزء بالكل كما فى حقوق العباد هذا اذا برئ وبقى فيه اثر الجناية وان لم يبق فيه اثرها فلا شئ
عليه عند الطرفين وعند ابى يوسف عليه صدقة لايصال الالم وعلى هذا لوقلع سنه اوضرب عينه
فابيضت فنبتت له سن اوزال البياض ذكر فى الغاية انه لايسقط عنه الضمان ولو مات بعد ما جرحه
ضمن كله لان جرحه سبب ظاهر لموته ولوغاب ولم يدر انه مات اولا ضمن نقصانه لان ضمان جميعه مشكوك
فيه وفى الاستحسان يلزمه جميع القيمة احتياطا (وان نتف ريشه) اى ريش الصيد جمع ريشة وهى

العمرة الحاج لان الجمع بين احرامى الحج والعمرة صحيح (ولزمه رفضها) اى لزم رفض العمرة الحاج كيلا يبنى افعالها على افعاله مع كراهة العمرة فى هذه الايام (و) لزمه (قضاؤها) تحصيلا لما فاته مع صحة الشروع فيها (و) لزمه (دم) للرفض (فان مضى عليهما صح وعليه دم) اى دم كفارة لجمعه بينهما (ومن فاته الحج) بفوت الوقوف (فاحرم بحج او عمرة لزمه الرفض) اى رفض ما احرم به (و) لزمه (القضاء) لصحة الشروع فيه (و) لزمه (الدم) لرفضه بالتحلل قبل اوانه

﴿باب الاحصار والفوات﴾

اى فوات الحج الاحصار لغة المنع عن كل شئ وشرعا المنع عن الحج والوقوف معا والعمرة بعد الاحرام بعذر شرعى وما فى الدرر من انه منع الخوف او المرض ليس بسديد لانه لا يختص بهذين تدبر وحكمه ان لا يتحلل الا بالذبح او بافعال العمرة (ان احصر المحرم بعدو) مسلم او كافر (او مرض) زاد بالذهاب او الركوب (او عدم محرم) لمرأة بان مات محرمها بعد الاحرام وبينها وبين مكة ثلثة ايام وما فوقها (او ضياع نفقة) وفى التجنيس اذا سرقت نفقته وقدر على المشى فليس بمحصر والا فمحصر لانه عاجز وقال مالك والشافعى لا احصار الا بالعدو لان آية الاحصار وهى قوله تعالى فان احصرتم فما استيسر من الهدى نزلت فى حق النبى عليه الصلاة والسلام واصحابه وكانوا محصرين بالعدو ولنا ان الاحصار هو المنع والعبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب (فعليه ان يبعث شاة) او قيمتها ليشترى بمكة (تذبح عنه فى الحرم) وان لم يجد ما يذبح بقى محرما حتى يذبح او يطوف ويكفيه سبع بدنة وعن ابى يوسف انه يقوم الهدى فيطعم المساكين وان لم يجد الطعام يصوم عن كل نصف صاع يوما وهو قول الشافعى (فى وقت معين) لان التحلل موقوف على الذبح فلابد من علم زمانه حتى يقع التحلل بعده والتعين محتاج عند الامام لا عندهما (ويتحلل بعد ذبحها من غير حلق ولا تقصير) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه يقول عليه ذلك لكن لو لم يفعل لا شئ عليه (وان كان) المحصر (قارنا يبعث دمين) لحجته وعمرته وعند الشافعى يبعث دما وفيه اشارة الى انه لا يتحلل الا بذبح احدهما والى انه لا يشترط تعيين احدهما للحج والآخر للعمرة والى انه لو بعث دما لم يتحلل بذبحه عن احد الاحرامين (ويجوز ذبحها قبل يوم النحر) اى وقت شاء عند الامام (لا فى الحل) وقال الشافعى تذبح فى موضع احصر فيه (وعندهما لا يجوز) ذبحها (قبل يوم النحر ان كان محصرا) بفتح الصاد (بالحج) وان كان محصرا بالعمرة يجوز ولا يتوقف بالزمان اجماعا (وعلى المحصر بالحج) فرضا او نفلا (اذا تحلل قضاء حج) من قابل للزومه له بالشروع (وعمرة) لان على فائت الحج التحلل بافعال العمرة لكن اذا قضاه فى عامه ذلك لا تجب عليه العمرة ولا يحتاج الى نية التعيين عند الامام فلو قضاه من قابل فهو مخير ان شاء اتى بكل واحد من الحج والعمرة على الانفراد وان شاء قرن وعند الشافعى عليه حج لا غير (وعلى المعتمر) المحصر قضاء (عمرة) الاحصار عنها متحقق عندنا خلافا لمالك والشافعى (وعلى القارن) المحصر (حجة وعمرتان) الاولى للقران والثانية لكونها كالفائت وعند الائمة الثلثة حجة وعمرة لا عمرتان (فان زال الاحصار بعد بعث الدم) لانه لا يخلو اما ان يدرك الحج والهدى او لا يدركهما او يدرك الاول دون الثانى او بالعكس فهذه اربعة اقسام تفصيلها قوله (وامكنه) اى المحصر (ادراكه) اى الهدى (قبل ذبحه و) امكنه (ادراك الحج) بالوقوف بعرفات (لا يجوز له التحلل ولزم المضى) لزوال العجز قبل المقصود بالخلف وفيه اشارة الى ان من لم يقدر ان يدركهما لا يجب عليه التوجه (وان امكن ادراكه) اى الهدى (فقط تحلل) لانه عجز عن الاصل (وان امكن ادراك الحج فقط جاز التحلل استحسانا) وهو قول الامام والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر وهذا القسم لا يتصور على قولهما فى الحج لما ان دم الاحصار بالحج يتوقت بيوم النحر فاذا ادرك الحج يدرك الهدى ضرورة وفى المحصر بالعمرة يتصور فينبغى ان يكون

جوابهما فيه كجوابه كما فى الاصلاح (ومن منع بمكة عن الركنين) اى الطواف والوقوف (فهو محصر) سواء كان مفردا اوقارنا فيتحلل بالهدى وفى رواية عنه ان المنع بمكة ليس باحصار بعد ما صارت دار اسلام كما فى المحيط (وان قدر على احدهما فليس بمحصر) لانه ان قدر على الوقوف يتم حجه به فلا يثبت الاحصار وان قدر على الطواف له ان يتحلل به فلا حاجة الى التحلل بالهدى كفائت الحج وعند الشافعى محصر بالمنع عن احدهما (ومن فاته الحج بفوات الوقوف بعرفة فليتحلل) عن احرامه (بافعال العمرة) فيطوف ويسعى بلا احرام جديد لها (وعليه الحج من قابل) اى فى العام القابل (ولا دم عليه) وعند الائمة الثلثة عليه دم (ولا فوت للعمرة) بالاجماع (وهى احرام وطواف وسعى) فالاحرام شرطها والطواف والسعى (ركناها) وتجوز العمرة (فى كل السنة) اى فى كل يوم من ايامها لانها غير موقتة (و) لكن (تكره) العمرة (يوم عرفة و) يوم (النحر وايام التشريق) وعن ابى يوسف انها لا تكره فى يوم عرفة قبل الزوال وعند الشافعى لا تكره فى وقت من الاوقات اصلا (ويقطع التلبية فيها باول الطواف)

﴿ باب الحج عن الغير ﴾

ادخال اللام على غير غير واقع على وجه الصحة بل هو ملزوم الاضافة ولما كان الاصل كون عمل الانسان لنفسه لا لغيره قدم ما تقدم (تجوز النيابة فى العبادات المالية) كالزكاة وصدقة الفطر (مطلقا) اى فى حالة القدرة و العجز لان المقصود يحصل بفعل النائب فالعبرة لنية الموكل لا لنية الوكيل (ولا تجوز فى البدنية المحضة كالصلاة والصوم والاعتكاف وقراءة القرآن والاذكار (بحال) من الاحوال لا فى حالة العجز ولا فى حالة القدرة لان المقصود وهو اتعاب النفس لا يحصل بفعل النائب (وفى المركب) الاولى وفى المركبة (منهما) اى من البدن والمال (كالحج تجوز عند العجز) لحصول المشقة بتنقيص المال (لا) تجوز (عند القدرة) لعدم اتعاب النفس نظرا الى كونه بدنيا فعملنا بالشبهين بالقدر الممكن (ويشترط) فى صحة الحج عن الغير (الموت) اى موت المحجوج عنه (او العجز الدائم الى الموت) اذا كان العجز يرجى زواله غالبا كالمرض والحبس وغيرهما فاحج فان استمر العجز الى الموت سقط الفرض عنه فلو زال عجزه صار ما ادى تطوعا للآمر وعليه الحج وعن ابى يوسف ان زال العجز بعد فراغ المأمور عن الحج يقع عن الفرض وان زال قبله فعن النفل كما فى المحيط وان كان لا يرجى زواله كالعمى والزمانة سقط عنه الفرض ويجب عليه الاحجاج سواء استمر ذلك العذر اولا كما فى البحر وغيره فعلى هذا عبارة المصنف غير وافية بل الحق التفصيل تدبر (وانما شرط العجز للحج الفرض لا للنفل) لان النفل يصح بلا شرط ويكون ثواب النفقة للآمر بالاتفاق واما ثواب النفل فالمأمور يجعله للآمر وقد صح عند اهل السنة كالصلاة والصوم والصدقة كما فى الهداية (فمن عجز) عن اداء الحج (فاحج) اى امر بان يحج عنه غيره (صح) وفيه اشارة الى انه اذا احج وهو صحيح ثم عجز واستمر لا يجزيه لفقد الشرط (ويقع عنه) اى عن الآمر على الصحيح وهو ظاهر المذهب لكنه تشترط اهلية المأمور بصحة الافعال كما فى اكثر المعتبرات وعن محمد يقع عن المأمور وقال شمس الاسلام يقع عن المأمور فى قول اصحابنا وللآمر ثواب النفقة لان النيابة لا تجرى فى العبادات البدنية (وينوى النائب عنه) حتى لو نوى عن نفسه وقع عنه وضمن النفقة (فيقول لبيك بحجة عن فلان) عند الاحرام بعد الركعتين (ويرد) النائب (ما فضل من النفقة الى الوصى او الورثة) فيه قصور فالاولى ان يقول الى من احج ليشمل من عجز فاحج تدبر (ويجوز احجاج الصرورة) بالصاد المهملة الذى لم يحج ويقال صرور وصرارة وصارون وصارور وصرورى وصاروراء كما فى القاموس ولكن يجب عليه عند رؤية الكعبة الحج لنفسه وعليه ان يتوقف الى عام قابل ويحج لنفسه او ان يحج بعد عوده الى اهله بماله وان فقيرا فليحفظ والناس عنهما غافلون (والمرأة والعبد) المأذون لوجود افعال الحج (وغيرهم اولى) ليقع حجه على اكمل الوجوه

ولايكون ابعد عن الخلاف وفى الشمنى ويكره احجاج الانثى والعبد ومن لم يحج نفسه (ومن امره رجلان فاحرم بحجة عنهما ضمن نفقتهما) ان انفق لان كل واحد منهما امره ان يخلص له الحج وان ينويه عند الاحرام فان لم يفعل صار مخالفا ولايكون عن احدهما اذ ليس احدهما اولى من الاخر (والحجة له) اى للحاج (وان ابهم الاحرام) بان نوى احدهما غير معين (ثم عين احدهما قبل المضى صح) عند الطرفين استحسانا لان الاحرام شرع وسيلة والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين (خلافا لابى يوسف) فانه قال انه يقع عنه وضمن لانه مأمور بالتعيين والابهام يخالفه وهو القياس كما اذا امر احد بالحج وآخر بالعمرة فقرن بينهما الا اذا اذن بالجمع (وبعده) اى بعد المضى (لا) يصح تعيينه اتفاقا (ودم المتعة والقران على المأمور) لانه موفق لاداء النسكين والمأمور مختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وان كان الحج يقع عن الآمر لانه وقوع شرعى ووجوب دم الشكر سبب عن الفعل الحقيقى الصادر عن المأمور فعلى هذا لايلزم بهذه المسئلة صحة المروى عن محمد ان الحج يقع عن المأمور كما فى الهداية (وكذا) يجب على المأمور (دم الجناية) لانه هو الجانى واطلق فى دم الجناية فشمل دم الجماع ودم جزاء الصيد ودم الحلق ودم لبس المخيط والتطيب ودم المجاوزة بغير احرام لكن لما كان فى دم الجناية تفصيل ذكره (ودم الاحصار على الامر) عند الطرفين لدخوله فى العهدة بامره فعليه تخليصه (خلافا لابى يوسف وان كان) المحجوج عنه (ميتا ففى ماله) يعنى اذا اوصى ومات فان دم الاحصار واجب من ثلث المال وقيل فى كله عندهما وفى مال المأمور عنده ولو قال ودم الاحصار على الآمر من ماله ولو ميتا لكان اخصر واولى (وان جامع) المأمور (قبل الوقوف ضمن النفقة) لانه صار مخالفا بالافساد (وان مات المأمور) وكذا لو مات الحاج بنفسه فاوصى بالحج (فى الطريق) بعدما انفق بعض النفقة (يحج من منزل آمره) اى الموصى او الوصى او الوارث قياسا عند الامام اذا اتحد مكانهما فان اختلف مكانهما فان كان احدهما اقرب من مكة يحج عنه والمال واف به فان لم يكن وافيا به يحج من حيث يمكن (من ثلث ما بقى من) مجموع (ماله) عند الامام فان كانت التركة مثلا ثلثة آلاف درهم فدفع الالف فسرق يحج عنه بثلث الالفين ستمائة وستة وستين وثلثين (وعندهما) يحج (من حيث مات المأمور فى الطريق) بالحج (لكن عند ابى يوسف) يحج عنه (بما بقى من الثلث) الاول فان كانت التركة مثلا اربعة آلاف فدفع الالف فسرق يحج عنه بثلثمائة وثلثة وثلثين وثلث وان كان ثلثة آلاف فدفع الالف فسرق بطلت الوصية عنده (وعند محمد) يحج عنه (بما بقى من المال المدفوع) اليه فان لم يبق فى يده شئ بطلت الوصية عنده (ومن اهل بحجة عن ابويه) اوغيرهما (ثم عين احدهما جاز) لانه غير مأمور بالحج عنهما ومن حج عن غيره بغير امره لايكون حاجا عنه بل يكون جاعلا ثواب حجه له ونيته عنهما لغو (وللانسان ان يجعل ثواب عمله لغيره فى جميع العبادات) هذا وقع فى معرض العلة لما قبله

﴿باب الهدى﴾

(هو) اسم ما يهدى من النعم الى الحرم (من ابل او بقر او غنم) وهو متفق عليه (واقله شاة ولايجب تعريفه) اى الهدى وقد بيناه آنفا (و يجزى فيه ما يجزى فى الاضحية) لانه قربة تعلقت باراقة الدم كالاضحية (وتجزى الشاة فى كل موضع) والاولى ان يقول فى الكل اى من الجنايات وغيرها (الا اذا طاف للزيارة) حال كونه (جنبا وجامع بعد وقوف عرفة قبل الحلق فلا يجزى فيهما الا البدنة) وليس مراده التعميم فان من نذر بدنة اوجزورا لايجزيه الشاة (و يأكل) استحبابا (من هدى التطوع) اذا بلغ محله (والمتعة والقران) الا عند الشافعى من دم المتعة والقران (لا) يأكل (من غيرها) لانها دماء كفارات خلافا لمالك (وخص ذبح هدى المتعة والقران بايام النحر دون غيرهما) اى يجوز ذبح بقية الهدايا فى اى وقت شاء خلافا للشافعى (و) خص (الكل بالحرم) قال الزيلعى واعلم ان الدماء على اربعة اوجه

مايختص بالزمان والمكان وهو دم القران ودم التطوع فى رواية القدورى ودم الاحصار عندهما ومايختص بالمكان دون الزمان وهو دم الجنايات و دم الاحصار عنده والتطوع فى رواية الاصل وماكان عكسه وهودم الاضحية ومالايختص بهما وهو دم النذور عند الطرفين وعند ابى يوسف يتعين بالمكان (ويجوز ان يتصدق به) اى الهدى (على فقير الحرم وغيره) من الفقراء المستحقين وقال الشافعى يختص به (ويتصدق بجله) وهو بالضم مايطرح على ظهر الدابة (وخطامه) بالكسر وهو حبل يجعل فى عنق البعير (ولايعطى اجر الجزار) اى الذابح (منه) اى من الهدى ولكن لوتصدق شيئا عليه سوى اجرته جاز اذاكان ممن يستحقه (ولايركبه) اى الهدى (الاعند الضرورة) وعند الائمة الثلثة يجوز ان يركبه بغيرها الا ان يهزله فحينئذ لايجوز (فان نقص بركوبه شئ منه (ضمنه) اى النقصان (ولايحلبه) اى الهدى اذا كان له لبن لانه جزء منه (فان حلبه) وانتفع به او دفعه الى الغنى ضمنه لوجود التعدى منه كما لوفعل ذلك بوبره اوصوفه (تصدق به) اى باللبن (وينضح ضرعه بالماء البارد لينقطع لبنه) قالوا هذا اذا قرب من وقت الذبح واما اذا بعد عنه فيحلب دفعا للضرر ويتصدق بمثله او قيمته الا اذا استهلك فانه بالقيمة ولو ولد الهدى ذبح مع الولد وان شاء تصدق به (فان عطب) بالكسر اى هلك (الهدى الواجب اوتعيب عيبا (فاحشا) يمنع جواز الاضحية (اقام غيره مقامه) لانه واجب فى ذمته والمعيب لايصلح لذلك (وصنع بالمعيب ماشاء) لانه التحق بملكه (وان عطب) اى قرب الى العطب وانما فسرناه لان النحر بعد حقيقة العطب لايتصور (التطوع نحره وصبغ نعله) اى قلادته (بدمه وضرب به) اى بنعله (صفحته) اى صفحة سنامه (ولا يأكل منه هو ولاغنى) لعدم تمام القربة وفائدة هذا الفعل ان يعلم الناس انه هدى فيأكل منه الفقراء لان التصدق على الفقراء افضل من ان يترك لحما للسباع (ولبس عليه غيره) لانه تطوع (وتقلد بدنة التطوع والمتعة والقران) لانها دماء نسك (لا) يقلد (غيرها) كدماء الجنايات والكفارات والاحصار لان سببها الجناية والستر بها اليق لكن لوقلد دم الاحصار لايضر كما فى المبسوط وفى المحيط يقلد دم النذر ﴿مسائل منثورة﴾ جرت عادة المصنفين ان يذكروا فى آخر الكتاب ماشذ وندر من المسائل فى الابواب السالفة فى فصل على حدة تكثيرا للفائدة ويترجموا عنه بمسائل منثورة اومسائل متفرقة ومسائل شتى وهى مسائل لم تدخل فى الابواب (شهدوا ان هذا اليوم الذى وقف فيه يوم النحر بطلت) هذه الشهادة والحج صحيح استحسانا لان هذه الشهادة قامت على النفى وعلى امر لايدخل تحت الحكم لان غرضهم نفى حجهم والحج لايدخل تحت الحكم لان الحج عبادة لايجبر عليها ولايدخل تحت الحكم ولان فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه واتدارك غير ممكن وفى الامر بالاعادة حرج بين فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه صيانة لجميع المسلمين كما فى الكافى والقياس ان لايصح (ولوشهدوا انه) اى اليوم الذى وقفوا فيه (يوم التروية صحت) هذه الشهادة لامكان التدارك فلوشهدوا يوم التروية ان هذا اليوم يوم عرفة ينظر فان امكن الامام ان يقف بالناس اواكثرهم قبلت شهادتهم قياسا واستحسانا للتمكن من الوقوف وان لم يقفوا عشية فاتهم الحج وان امكن ان يقف معهم ليلا لانهارا فكذلك استحسانا وان لم يمكنه ان يقف ليلا مع اكثرهم لاتقبل شهادتهم ويأمرهم ان يقفوا من الغد استحسانا وفى لفظ الجمع اشارة الى انه لاتقبل فيه الاشهادة جمع عظيم فلاتقبل شادة عدلين وقال بعضهم تقبل شهادتهما كما فى المحيط وفى الكافى ينبغى للقاضى ان لايقبل هذه الشهادة لان فيه تهييجا للفتنة (ومن ترك الجمرة الاولى فى اليوم الثانى) ورمى الوسطى والثالثة (فان شاء رماها فقط) لان الترتيب فى الجمار الثلث ليس بشرط ولاواجب وانما هو سنة خلافا للشافعى (والاولى ان يرمى الكل) رعاية للترتيب المسنون (ومن نذر ان يحج ماشيا يمشى من بيته حتى يطوف للزيارة) على الصحيح لانه التزم

الحج على صفة الكمال لان المشي اشق على البدن فيلزمه الايفاء وفي المبسوط انه مخير وعن الامام ان مشيه مكروه (وقيل من حيث يحرم) لانه اول افعاله (فان ركب لزمه دم) وان ركب في الاقل تصدق (حلال اشترى امة محرمة بالاذن) اي باذن المولى (فله) اي للمشتري (ان يحللها والاولى تحليلها بقص شعر او قلم ظفر قبل الجماع) ومن المهمات ان يعلم انه اختلف في المجاورة بالحرمين الشريفين فذهب ابو يوسف ومحمد الى استحبابها الا ان يغلب على ظنه الوقوع في المحظورات وذهب الامام ابو حنيفة ومالك الى كراهتها وهو الاحوط خصوصا في هذا الزمان فان اكثر الناس لا يعرفون قدرهما واعلم ان حرمة الحرم خاصة بمكة المشرفة عندنا وليس للمدينة المشرفة حرم في حق الصيود والاشجار وغيرها الحج تطوعا افضل من الصدقة النافلة حج الفرض اولى من طاعة الوالدين بخلاف النفل المأمور بالحج لا يتزوج اذا كان وقت خروج اهل بلده فان كان قبله جاز حج الغني افضل من حج الفقير مكة افضل من المدينة عند علمائنا والشافعي الاجماع على ان موضع قبره صلى الله تعالى عليه وسلم اشرف بقاع الارض وان الخلاف فيما سواها ومن احسن المندوبات بل يقرب من درجة الواجبات زيارة قبر نبينا وسيدنا محمد صلى الله تعالى عليه وسلم وقد حرض عليه الصلوة والسلام على زيارته وبالغ في الندب اليها بمثل قوله عليه الصلاة والسلام من زار قبري وجبت له شفاعتي وقوله عليه الصلاة والسلام من جاءني زائرا لا يهمه حاجة الا زيارتي كان حقا علي ان اكون شفيعا له يوم القيمة وقوله لا عذر لمن كان له سعة من امتي ولم يزرني وقوله من صلى على قبري سمعته ومن صلى علي نائيا بلغته وقوله من حج وزار قبري بعد موتي كان كمن زارني في حياتي وقوله من زارني الى المدينة متعمدا كان في جواري الى يوم القيمة فان كان الحج فرضا فالاحسن ان يبدأ به اذا لم يقع في طريق الحاج المدينة المنورة ثم يثني بالزيارة فاذا نواها فلينو معها زيارة مسجد الرسول عليه الصلوة والسلام واذا توجه اليها يكثر الصلاة والسلام عليه عليه اشرف التحيات وافضل التسليمات واذا وصل الى المدينة اغتسل بظاهرها قبل ان يدخلها او توضأ ولكن الغسل افضل ولبس نظيف ثيابه وكل ما كان ادخل في الادب والاجلال فعله واذا دخلها قال رب ادخلني مدخل صدق الآية اللهم افتح لي ابواب فضلك ورحمتك وارزقني زيارة قبر رسولك المجتبى مارزقت اولياءك واهل طاعتك واغفر لي وارحمني يا خير مسئول وليكن متواضعا متخشعا بكمال الادب فاذا دخل المسجد الشريف يقول بسم الله الرحمن الرحيم اللهم اغفر لي وافتح لي ابواب رحمتك ويدخل من الباب المعروف بباب جبريل عليه الصلاة والسلام قاصدا الروضة الشريفة وهي ما بين المنبر والقبر الشريف قال صلى الله تعالى عليه وسلم بين قبري ومنبري روضة من رياض الجنة فيصلي عند منبره عليه الصلاة والسلام ركعتين يقف بحيث يكون عمود المنبر بحذاء منكبه الايمن ويسجد لله شكرا على هذه النعمة الجليلة ويدعو بما يحب ثم ينهض فيتوجه الى القبر الشريف فيقف عند رأسه مستقبل القبلة ويدنو منه قدر ثلثة اذرع او اربعة ولا يدنو منه اكثر من ذلك ولا يدع يده على جدار التربة الشريفة فهو اهيب واعظم للحرمة ويقف كما يقف في الصلاة ويقول السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام عليك يا رسول الله السلام عليك يا خير خلق الله السلام عليك يا سيد ولد آدم اني اشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له واشهد انك عبده ورسوله وامينه اشهد انك قد بلغت الرسالة واديت الامانة ونصحت الامة وكشفت الغمة فجزاك الله عنا خيرا جزاك الله عنا افضل ما جازى نبيا عن امته اللهم اعط سيدنا عبدك ورسولك محمدا الوسيلة والفضيلة والدرجة العالية الرفيعة وابعثه المقام المحمود الذي وعدته وانزله المنزل المبارك عندك سبحانك انت ذو الفضل العظيم ثم يسئل الله تعالى حاجته واعظم الحاجات سؤال حسن الخاتمة وطلب المغفرة ويقول السلام عليك يا رسول الله

اسئلك الشفاعة الكبرى واتوسل بك الى الله تعالى فى ان اموت مسلما على ملتك وسنتك وان احشر فى زمرة عباد الله الصالحين ثم يتأخر عن يمينه ان كان مستقبلا قدر ذراع فيسلم على ابى بكر الصديق رضى الله تعالى عنه و يقول السلام عليك يا خليفة رسول الله وثانيه فى الغار يا ابا بكر الصديق رضى الله عنك وجزاك الله عن امة محمد خيرا ثم يتأخر كذلك فيسلم على عمر رضى الله تعالى عنه ويقول السلام عليك يا امير المؤمنين عمر الفاروق انت الذى اعز الله بك الاسلام فجزاك الله عن امة محمد عليه الصلاة و السلام خيرا ثم يرجع الى حيال وجه النبى عليه الصلاة والسلام فيحمد الله تعالى و يثنى عليه ويصلى على نبيه بافضل ما يمكن ويدعو لنفسه و يستشفع له و لوالديه ولجميع اهل الايمان ثم يفعل ما شاء مما تيسر من اعمال البر ويستحب ان يخرج الى البقيع و يزور القبور التى يتبرك بها كقبر عثمان وعباس رضى الله تعالى عنهما وقبور سائر الاصحاب الابرار و الال الاخيار رضوان الله تعالى عليهم اجمعين وسائر اموات المسلمين رحمهم الله تعالى و يقول السلام عليكم دار قوم مؤمنين انتم لنا سابقون وانا ان شاء الله بكم لاحقون و يفعل ما يخطر ببـاله من الدعوات والخيرات والصدقات ويكون على هذه الحالة مادام ساكنا فيها فاذا عزم الى السفر يستحب له ان يودع المسجد بصلاة وقد اخبر صلى الله تعالى عليه وسلم ان صلاة فى مسجدى خير من الف صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام ويدعو بعده بما احب وان يأتى القبر الشريف و يدعو بما احب له ولوالديه ولاخوانه الصالحين واولاده واهله وماله و يسئل الله تعالى ان يدخله دار النعيم و يوصله الى اهله سالما غانما بخير وعافية وحسن عاقبة وينبغى ان يتصدق بما يمكن على الفقراء من الجيران ثم ينصرف باكيا حزينا على فراق الحضرة النبوية ومن السنن ان يكبر على كل شرف من الارض ويقول آئبون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده واذا دخل بلدة فيقول اللهم رب السموات السبع وما اظللن ورب الارضين السبع وما اقللن ورب الشياطين وما اضللن ورب الرياح وما ذرين نسئلك خير اهل هذه القرية وخير اهلها وخير ما فيهـا ونسئلك الجنة وما قرب اليها من قول وعمل ونعوذ بك من شر هذه القرية وشر ما فيها اللهم اجعل لى فيهـا قرارا وارزقنى رزقا حسنا طيبا حلالا مباركا و ينبغى لمن يتوجه الى الحج الشريف ان يتوب الى الله تعالى مما اكتسب وفعل من انواع الذنوب عسى ربه ان يكفر عنه وان يرضى خصومه و يقضى ديونه الا ما كان مؤجلا و يرد الودائع الى اهلهـا و يترك نفقة عياله الى حين عوده ويستصحب نفقة طيبة قدر ما يكفيـه و يكون على رفق مع رفقائه من العبيـد والاحرار وعلى سكينة ووقار فى جميع الاحوال والاطوار و يفعـل ما لا يتألم منه الخلق ولا يتأذى و يتوكل على الله الملك المتعـال فى جميع الاقوال والاعمال انه هو البر الرحيم فاذا توجـه الى السفر واراد الخروج من منزله يصـلى ركعتين على احسن ما كان ثم يسئل الله تعالى العفو والعافية والتيسير للمراد والحفظ من شر العباد ويتصدق بما يطيب قلبـه من اطيب الاموال من ماله الحـلال ويقول ربنا آتنا فى الدنيا حسنـة وفى الآخرة حسنـة وقنا عذاب النار واحشرنا فى زمرة الصالحين الابرار ربنا تقبـل منا انك انت السميع العليم وتب علينـا انك انت التواب الرحيم ثم يودع اهله وعيـاله و سائر من حضر ويقول استودع الله دينكم ودنياكم وخواتيم اعمالكم ويقول له اهله عند التوديع سر فى حفظ الله وكنفه زودك الله التقوى وجنبك الخبائث والردى وغفر ذنبك ووجهك للخير اينما كنت وتوجهت واذا اراد الخروج من باب منزله يقول بسم الله الرحمن الرحيم توكلت على الله رب العرش العظيم لا حول ولا قوة الا بالله استغفر الله واتوب اليه ثم قرأ انا انزلناه وختمها واذا ركب دابته يقول سبحان الذى سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين وانا الى ربنا لمنقلبون الحمد لله الذى هدانا للاسلام وجعلنا من امة محمد عليه السلام اعوذ بالله من وعثاء السفر وكآبة المنظر وسوء المنقلب فى الاهـل والمال والولد اللهم اطولنا الارض ويسر لنـا

فيها بطاعتك اللهم انى اريد الحج فيسره لى وتقبله منى واطلب منك العون والعناية وينبغى
ان يكون سفره فى يوم الخميس اويوم الاثنين اويوم السبت قبل الظهر ويقول فى نزوله فى هذا
اليوم اوغيره رب انزلنى منزلا مباركا وانت خير المنزلين واذا حط رحله يقول بسم الله توكلت
على الله اعوذ بكلمات الله التامات كلها من شر ماخلق وذرأ وبرأ سلام على نوح فى العالمين
اللهم اعطنا خير مافى هذا المنزل واكفنا شره وشر مافيه واذا رحل قال الحمد لله الذى عافانا فى
منقلبنا ومثوانا اللهم كما اخرجتنا من منزلنا هذا سالمين بلغنا غيره آمنين ويكون الامر كذا فى كل
منزل اللهم يسر لى زيادة القبر الشريف بحرمة سيدنا محمد صلى الله تعالى عليه وسلم آمين الحمد لله
على كل حال سوى الكفر والضلال

﴿كتاب النكاح﴾

اخره عما تقدم لانه بالنسبة اليه
كالبسيط من المركب فانه معاملة من وجه وعبادة من وجه اما معنى العبادة فيه فان الاشتغال به افضل
من التخلى عنه لمحض العبادة ولما فيه من حفظ النفس عن الوقوع فى الزنا ولما فيه من مباهاة الرسول
عليه الصلوة والسلام بقوله تناكحوا تكثروا فانى اباهى بكم الامم يوم القيمة ولما فيه من تهذيب
الاخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل فى معاشرة ابناء النوع وتربية الولد والقيام بمصالح المسلم
العاجز عن القيام بها والنفقة على الاقارب والمستضعفين واعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة
عنه وعنهن واما معنى المعاملة فلما فيه من المال الذى هو عوض البضع الايجاب والقبول
والشهادة ودخوله تحت القضاء وقد اختلف فى مفهومه لغة فقيل هو مشترك بين الوطئ والعقد
اشتراكا لفظيا وقيل حقيقة فى العقد مجاز فى الوطئ ونسبه الاصوليون الى الشافعى وقيل حقيقة
فى الوطئ ومجاز فى العقد وعليه اكثر المشايخ وقيل حقيقة فى الضم وبه صرح مشايخنا ولامنافاة
بين كلامهم لان الوطئ من افراد الضم والموضوع للاعم حقيقة فى كل من افراده كانسان فى زيد
فهو من قبيل المشترك المعنوى وسبب شرعيته تعلق بقاء العالم به المقدر فى العلم الازلى على الوجه
الاكمل وله شرط خاص به وهو سماع اثنين وشروطه التى لا تخصه الاهلية بالعقل والبلوغ وينبغى
ان يراد فى الولى لا فى الزوج والزوجة ولا فى متولى العقد فان تزويج الصغير والصغيرة جائزة وتوكيل
الصبى الذى يعقل العقد ويقصده جائز عندنا فى البيع فصحته هنا اولى كما فى الفتح وركنه الايجاب والقبول
حقيقة او حكما كاللفظ القائم مقامهما وحكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون
فيه شرعا ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهرة وعدم الجمع بين الاختين وسيأتى ان شاء الله تعالى
وفى عرف الفقهاء نقل الى العقد فصار حقيقة عرفية ولذا اخذ فى تعريفه فقال (هو عقد يرد على ملك
المتعة) اى حل استمتاع الرجل من المرأة فالمراد بالعقد الحاصل بالمصدر وهو ارتباط اجزاء التصرف
الشرعى بل اجزاء المرتبطة دون المعنى المصدرى الذى هو فعل المتكلم ولاشك ان له عللا اربعا
فالعلة الفاعلية المتعاقدان والمادية الايجاب والقبول والصورية الارتباط الذى يعتبره الشرع وجوده
والغائية المصالح المتعلقة بالنكاح (قصدا) احتراز عما يفيد الحل ضمنا كما اذا ثبت فى ضمن ملك الرقبة
كشراء الجارية للتسرى فانه موضوع شرعا لملك الرقبة وملك المتعة ثابت ضمنا وان قصده المشترى
وانما لم يكن ملك المتعة مقصودا كملك الرقبة فى الشراء ونحوه لتخلفه عنه فى شراء محرمه نسبا ورضاعا
والامة المجوسية (يجب عند التوقان) وهو الشوق القوى والمراد بالواجب اللازم فيشمل الفرض
والواجب فانه يكون واجبا عند عدم خوف الوقوع فى الزنا وان كان بحيث لو لم يتزوج لا يحترز عنه
كان فرضا بشرط ان يملك المهر والنفقة لان ما لا يتوصل الى ترك الحرام الا به يكون فرضا وذهب
جماعة من اشياخنا الى انه فرض كفاية وذهب آخرون الى انه واجب على الكفاية وقال الشافعى
هو مباح لانه من جملة المعاملات (ويكره عند خوف الجور) اى عند عدم رعاية حقوق الزوجية
لان مشروعيته انما هى لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد والذى يخاف الجور يأثم ويرتكب

المحرمات فتقدم المصالح لرجحان هذه المفاسد وقضية الحرمة الا ان النصوص لم تنهض بها فقلنا بالكراهة (ويسن مؤكدا حالة الاعتدال) وهو الاصح قال عليه الصلاة والسلام النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني وقال تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم وذهب داود واتباعه من اهل الظاهر الى انه فرض عين على القادر على الوطئ والانفاق تمسكا بظاهر قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله عليه الصلاة والسلام لعكاف بن خالد الك امرأة قال لا قال تزوج فانك من اخوان الشياطين وفي رواية من رهبان النصارى وفي آخره شراركم عزابكم واراذل امواتكم عزابكم ويحك يا عكاف والحجة عليهم عدم ذكره عليه الصلاة والسلام حين ذكر اركان الدين من الفرائض والواجبات ولو كان فرضا او واجبا لذكره ويستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد وكونه في يوم الجمعة واختلفوا في كراهة الزفاف فيه والمختار لا يكره اذا لم يشتمل على مفسد ديني (وينعقد) اي يحصل ويتحقق النكاح في الوجود (بايجاب) في مجلس والايجاب شرعا لفظ صدر عن احد المتعاقدين اولا رجلا او امرأة سمي به لانه يثبت الجواب على الآخر بنعم او لا فالباء للملابسة (وقبول) هو لفظ صدر عن الاخر ثانيا وفيه اشارة الى انه لا ينعقد بالكتابة في الحاضر فانه لو كتب على ورقة مثلا لامرأة زوجني نفسك فكتبت تحته زوجت نفسي منك لا ينعقد والى انه لا ينعقد بالتعاطي والى ان القبول بعد ذكر ما اتصل بالايجاب من ذكر المهر حتى لو قبل قبله لا يصح كما في الفتح (كلاهما) يكونان (بلفظ الماضي) لان غرض العاقدين لما كان الانشاء والاثبات اختير له لفظ الماضي الدال على الثبوت والوقوع وانما اطلق فشمل اللفظين حكما وهو الصادر من متولي الطرفين شرعا وشمل ما ليس بعربي من الالفاظ كما سيأتي (او احدهما) يكون بلفظ الماضي (كزوجني فقال زوجت) قال صاحب الدرر وينعقد بايجاب وقبول وضعا للماضي كزوجت وتزوجت وينعقد ايضا بما وضعا اي بلفظين وضع احدهما للماضي والاخر للاستقبال يعني الامر فانه موضوع للاستقبال كزوجني وزوجت وانما عطف قوله بما وضعا على ايجاب وقبول اشارة الى ان ما وضع للاستقبال ليس الايجاب ولا القبول فان صاحب الهداية قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي ثم قال وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل واعاد لفظ ينعقد بلفظين تنبيها على ان اللفظين اللذين احدهما ماض والاخر مستقبل ليسا بايجاب وقبول بل قوله زوجني توكيل وقوله زوجت ايجاب وقبول حكما فان الواحد يتولى طرفي النكاح بخلاف البيع وصاحب الوقاية والكنز كانهما زعما ان قول صاحب الهداية ثانيا وينعقد بلفظين غير محتاج اليه بناء على زعم ان ما وضع للماضي والمستقبل ايجاب وقبول فقصد الاختصار فقال الاول ينعقد بايجاب وقبول لفظهما ماض كزوجت وتزوجت او ماض ومستقبل كزوجني فقال زوجت وقال الثاني ينعقد بايجاب وقبول بلفظين وضعا للماضي او احدهما انتهى لكن فيه كلام لان صاحب الهداية جعل الصحة باعتبار انه توكيل والواحد يتولى طرفي النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالمجيب وصرح في الخانية والخلاصة وغيرهما ان لفظ الامر في النكاح ايجاب وكذا في الطلاق وغيره فيكون تمام العقد قائما بالمجيب والقائل وقال صاحب الفتح هذا احسن لان الايجاب ليس الا اللفظ المفيد قصد تحقيق المعنى اولا وهو صادق على الامر فليكن ايجابا وقال صاحب البحر علمت اختلاف المشايخ في ان الامر ايجاب او توكيل فما في الكنز على احد القولين فعلى هذا اندفع ما في الدرر لانه غفل عن القول الاخر مع ان الراجح كونه ايجابا فلا حاجة الى توجيه آخر كتوجيه صاحب الفرائد مع انه بعيد غاية البعد تتبع (وان) للوصل (لم يعلما) اي العاقدان (معناهما) هذا اذا لم يكن احد اللفظين مستقبلا او امرا مرادا به الايجاب اذ حينئذ لا بد من نية العقد وذلك لا يكون بدون العلم ثم ان فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم ينعقد وان لم يعلما معناهما لان النكاح لا يشترط فيه القصد بدليل صحته مع الهزل بخلاف البيع ونحوه وعليه

الفتوى كما فى الاصلاح وقيل لا ينعقد (ولو قال دادى او پذيرفتى فقال داد او پذيرفت بلا ميم) متصلة بهما (صح) العقد لمكان العرف فان جواب مثل هذا الكلام قد يذكر بالميم وبدونه والميم احوط وفيه اشارة الى انه لا ينعقد بمجرد قولها داد بدون قوله پذيرفت الا اذا اريد بقوله دادى التحقيق دون السوم واما اذا قال احدهما داده وقال الاخر دادم او داد فيكون نكاحا لان ده امر وتوكيل مثل زوجنى والى انه ينعقد بدون قولهما برزنى وقال بعض المشايخ انه لا بد منه والاولى ان يذكر لتكون المسئلة متفقا عليها (كبيع وشراء) فانه ينعقد بقولهما فروخت وخريد بلا ميم بعد فروختى وخريدى (ولو قالا عند الشهود) جمع شاهد مع كفاية الشاهدين جريا على العادة فى النكاح ولو ترك لكان اولى لان الكلام ههنا فيما ينعقد النكاح وما لا ينعقد به لا فى شروطه مع ان الشهادة شرط الكل (ما زن وشويم) ونحن زوجان ولفظ زن عند الاطلاق الزوجة كما ان شوى مختص بالزوج (لا ينعقد) على المختار كما اذا قال هذه امرأتى وقالت هذا زوجى لا ينعقد لان الاقرار اظهار لما هو ثابت وليس بانشاء وصحح فى الذخيرة ان بالاقرار بحضر الشهود صح النكاح وجعل انشاء والا فلا وفى الفتح اذا اقرا به ولم يكن بينهما نكاح لا ينعقد الا اذا قال الشهود جعلتما هذا نكاحا فقالا نعم (وانما يصح) النكاح بعد تحقق سائر الشروط (بلفظ نكاح) وانكاح (وتزويج) لانهما صريحان فيه (وما وضع) اى يصح بلفظ موضوع (لتمليك العين فى الحال) احترز به عن الوصية فانها تمليك العين بعد الموت وهذا عند عامة المشايخ وحكى عن الطحاوى انه ينعقد مطلقا وعن الكرخى انه ينعقد به ان قيدت بالحال كما اذا قال اوصيت بابنتى لك الان ولا يخفى انه على هذا فى لفظ المصنف كلام وهو انه ينعقد النكاح فى هذه الصورة مع عدم ما وضع لتمليك العين لان التمليك فى الحال فيها مجاز بقرينة الان الا ان يبنى الكلام على ثبوت الوضع فى المجاز ويراد من الوضع ههنا اعم منه لكنه بعيد تأمل وقال الشافعى واحد لا ينعقد فى غير النكاح والتزويج (كبيع وشراء) على الصحيح وقيل لا ينعقد بهما (وهبة) فان قيل كيف ينعقد النكاح بلفظ الهبة وهو من الفاظ الطلاق كما اذا قال الزوج لامرأته وهبت نفسك منك فلا يكون موجبا لضده قلنا وهو منقوض بما اذا قال الزوج لامرأته تزوجى اذا نوى به الطلاق تطلق مع انه من الفاظ النكاح فعلم من هذا ان ذلك المعنى غير مانع كما قالوا وفى المحيط ولو طلب من امرأة زنا فقالت وهبت نفسى منك بحضرة الشهود وقبل الزوج لا يكون نكاحا لان هذا تمكين من الزنا وليس بهبة حقيقة (وصدقة وتمليك) وعطية وملك وجعل وفى الانعقاد بلفظ السلم ان جعلت المرأة مسلما فيها خلاف قيل ينعقد لانه يثبت به ملك الرقبة والسلم فى الحيوان ينعقد حتى لو اتصل به القبض فانه يفيد ملك الرقبة ملكا فاسدا وليس كل ما يفسد الحقيقى يفسد المجازى ورجحه فى الفتح وقيل لا ينعقد لان السلم فى الحيوان لا يصح واما اذا جعلت المرأة رأس مال السلم فينعقد اجماعا وفى الصرف قولان قيل لا ينعقد به وضع لاثبات ملك ما لا يتعين من النقد والمعقود عليه هنا يتعين وقيل ينعقد به لانه يثبت ملك العين فى الجملة وفى البحر ينبغى ترجيحه لدخوله تحت الكلية التى فى المختصر وكذا ينعقد فى القرض ايضا لانه يفيد التمليك كلفظ الهبة وفى الصيرفية هو الاصح وقيل لا ينعقد كما فى الكشف والولوالجية لان الاستقراض غير جائز فى الحيوانات فلا يصير سببا لحكم النكاح انتهى وفيه كلام لانه لا يشترط صحة المعنى فى المجاز عند الامام وفى جوامع الفقه ان النكاح ينعقد بالالفاظ الموضوعة لتمليك العين حالا ان ذكر المهر والا فبالنية انتهى وفيه كلام لان النكاح لا بد فيه من الشهود ولا اطلاع لهم على النيات الا ان يقال لا ينعقد الا بالتصريح بالنية لكنه بعيد او يدعى كفاية وجود النية فى نفس الامر ولا يشترط علم الشهود بها وهو خلاف الظاهر (لا بالاجارة) اى لا ينعقد اذا قال آجرتك بنتى بكذا على الصحيح لان الاجارة ما وضعت لتمليك منفعة البضع وانما وضعت لتمليك المنفعة موقتا والنكاح لا ينعقد الا مؤبدا حكى عن الكرخى انعقاده بلفظ الاجارة اما اذا جعلت المرأة

اجرة فينعقد اتفاقا (واباحة واعارة) اى لاينعقد بهذين اللفظين على الصحيح وكذا لاينعقد بلفظ الفداء والابراء والفسخ والاقالة والخلع والكتابة والتمتع والاحلال والرضاء والاجازة والوديعة والشركة والصلح لانها ليست موضوعة لتمليك العين ولاينعقد باضافته لجزء شايع فى الصحيح وفى الصيرفية خلافه وكذا لاينعقد بالفاظ مصحفة كتجوزت مكان تزوجت كما يقع فى بعض الديار من العوام على طريق الغلط اما لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة بحيث انهم يطلبون بها الدلالة على حل الاستمتاع وتصدر عن قصد واختيار منهم ففيه قول بانعقاد النكاح بها حتى افتى به بعض المتأخرين واما صدورها لا عن قصد الى وضع جديد فلا اعتبار به لان استعمال اللفظ فى الموضوع له او غيره طلب دلالته عليه وارادته منه فمجرد الذكر لايكون استعمالا صحيحا فلايكون وضعا جديدا كما فى التلويح وعلى هذا ينعقد باللغة الاعجمية لانها تصدر عمن تكلم بها عن قصد صحيح واستعمال رجيح بخلاف لفظ تجوزت فانه يصدر لا عن قصد صحيح بل عن تحريف وتصحيف فلا يكون حقيقة ولا مجازا (ووصية) اى لاينعقد بلفظ وصية وقدمر تفصيله (وشرط) لصحة النكاح (سماع كل من العاقدين) سواء كانا زوجين اوغيرهما لكن يشكل الاطلاق بنكاح الفضولى وبما اذا ذكر الزوج اسم امرأة غائبة كما فى القهستانى لكن فيه ما فيه تدبر (لفظ الاخر) حقيقة او حكما كما اذا كتب رجل واشهد جماعة فاوصلوا الكتاب الى المرأة فقرأته عندهم فقبلت عندهم ذلك التزوج ينعقد النكاح عند ابى يوسف لان الكتاب كالخطاب خلافا لهما وهل يشترط تميز الرجل من المرأة وقت العقد حكوا فيها اختلافا وفى البحر فى صغيرين قال اب احدهما زوجت بنتى هذه من ابنك هذا وقبل ثم ظهرت الجارية غلاما والغلام جارية جاز ذلك وقال العتابى لايجوز ولايشترط معرفة الشاهدين المرأة ولا رؤية وجهها فلو سمعا صوتها من بيت لم يكن فيه غيرها جاز والا فلا وكذا لو كانت متنقبة جاز وهو المختار والاحتياط حينئذ ان تكشف وجهها او يذكرا ابوها وجدها وتنسب الى المحلة الا اذا كانت معروفة عند الشهود وعلم الشهود انه اراد تلك المرأة لاغير وقال الخصاف لو غابت جاز بذكر الاسم بلا معرفتهما هو المختار ولو كان لها اسمان اسم فى صغرها وآخر فى كبرها تزوج بالاخير لانها صارت معروفة به وفى الظهيرية والاصح ان يجمع بين الاسمين ولو كانت له بنتان كبرى اسمها عايشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك بنتى فاطمة وهو يريد عايشة لاينعقد اذا لم يشر اليها وقيل ينعقد على فاطمة ولو قال بنتى فاطمة الكبرى قالوا يجب ان لاينعقد على احديهما كما فى الفتح (و) شرط ايضا (حضور) شاهدين فلو تزوج امرأة بشهادة الله تعالى ورسوله لايجوز النكاح وعن قاسم الصفار هو كفر محض لانه اعتقد ان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يعلم الغيب وهذا كفر وفى التتارخانية انه لايكفر لان بعض الاشياء يعرض على روحه عليه الصلاة والسلام فيعرف بعض الغيب قال الله تعالى عالم الغيب فلا يظهر على غيبه احدا الا من ارتضى من رسول (حرين) عند العقد فلا يصح عند القنين والمكاتبين والمدبرين (او حر وحرتين) خلافا للشافعى (مكلفين) على لفظ المثنى المذكر لان الحرتين فى حكم الحر فيصح عند سكرانين يعرفان النكاح وان لم يذكرا عند الصحو لانه نكاح بحضور الشاهدين ولايصح عند صبيين ومجنونين ولا عند مراهقين كما فى الينابيع وقال اهل المدينة يجوز النكاح بغير شهود اذا اعلنوا ولو بحضور المجانين والصبيان وهو مذهب مالك والحجة عليهم قوله عليه الصلوة والسلام لا نكاح الا بشهود فيجب ان لاينعقد بلا شهود تدبر (مسلمين ان كانت الزوجة مسلمة) اذ لاشهادة للكافر على المسلم وفيه اشعار بان النكاح بين الذميين ينعقد بلا شهود كما قالوا لكن فيه كلام لان ابى يوسف ومحمد يلزمانهم احكامنا فى المعاملات فيجب ان لاينعقد بلا شهود عندهما تدبر (سامعين معا لفظهما) اى لفظ المتعاقدين (فلا يصح ان سمعا متفرقين) بان يسمع احدهما اولا والاخر آخرا والمجلس متحد لم يجز كما فى اكثر الكتب وجاز

عند بعضهم وعن ابي يوسف فيه روايتان ولو كان العقد في مجلسين لم يجز بالاتفاق وفيه اشارة الى رد
ما قيل ينعقد بحضرة النائمين وان صحح فهو ضعيف والمختار عدم الانعقاد اذا لم يسمعا كلامهما كما لا
ينعقد بحضرة الاصمين على الصحيح كما في اكثر المعتبرات حتى لو كان احد الشاهدين اصم فسمع الاخر ثم
خرج واسمع صاحبه لم يجز وكذا لا ينعقد عند الاخرسين الا اذا كانا سامعين وقال الامام السعدي ينعقد
لان عنده الشرط حضرة الشاهدين دون السماع والى انه لا يشترط فهم المعنى كما ذكره البقالي وفي
الخلاصة اذا تزوج امرأة بالعربية والزوج والمرأة يحسنان العربية والشهود لا يعرفون العربية الاصح انه
ينعقد وفي النصاب وعليه الفتوى لكن الظاهر انه يشترط فهم الشهود انه نكاح وكان هو المذهب
كما في الذخيرة وفي التبيين او عقد بحضرة الهنديين ولم يفهما كلامهما لم يجز وفي الجوهرة هو الصحيح
(وجاز كونهما فاسقين او محدودين في قذف) بلا توبة لاهليتهما تحملا لا اداء خلافا للشافعي رحمه
الله تعالى والاصل عندنا ان كل من ملك قبول النكاح لنفسه ينعقد النكاح بحضوره فيدخل فيه الفاسق
والمحدود ويخرج الصبي والمجنون والعبد (او اعميين) وللشافعي في اعميين وجهان في وجه تقبل وفي
وجه لا (او ابني العاقدين) وهذا ظاهر الرواية وفي الخانية نقلا عن المنتقى انه لا يصح (او ابني احدهما)
لوجود اهلية التحمل (ولا يظهر) ثبوت العقد عند الحكام (بشهادتهما عند دعوى القريب)
وانكار احد المتعاقدين لنفع القريب فان كان الابنان منهما لا تقبل لهما وان كانا من احدهما لا تقبل
له وتقبل عليه ولو ترك لكان اولى لانها مسئلة الشهادة قد ذكرت في موضعها فلا يخلو عن تكرار
(وصح تزوج مسلم ذمية) كتابية (عند ذميين) كتابيين عند الشيخين لان الشهادة شرطت
في النكاح لاجل ملك المتعة لا لاجل المهر (خلافا لمحمد) وهو قول زفر لانها شهادة الكافر على المسلم
(ولا يظهر بشهادتهما) اى الذميين (ان ادعت) الذمية وجحد المسلم وبالعكس يظهر
(ومن امر رجلا ان يزوج صغيرته فزوجها عند رجل) او امرأتين ولو كان المأمور امرأة شرط
حضور رجل وامرأة اخرى (صح ان كان الاب حاضرا) لانه اذا كان حاضرا انتقل عبارة الوكيل
الى الاب فصار كانه عاقد والوكيل مع ذلك الرجل شاهدان وهو المعتمد كما في المنح وفي النهاية خلافه
وهو امكان جعل الاب شاهدا من غير نقل عبارة الوكيل اليه وفي البحر ولم ار من نبه على ثمرة هذا
الاختلاف لكن في المنح تفصيل فليراجع (والا) اى وان لم يكن الاب حاضرا (لا) يصح لانه
لم يكن ان يجعل مباشرا لاختلاف المجلس (وكذا) يصح العقد (او زوج الاب بالغته عند رجل)
واحد (ان حضرت) البالغة (صح) لانه اذا حضرت صارت كانها عاقدة والاب وذلك
الرجل شاهدان (والا فلا) يصح وكذا المولى اذا زوج عبده امرأة بحضرة شاهد عند حضور
العبد بخلاف ما اذا كان غائبا او غير عاقل لانه ليس بشاهد ولو اذن له بالتزوج وهو حاضر قيل ليس
بشاهد لانه وكيل من جهته فكأنه المزوج والصواب انه شاهد اذ الاذن ليس بوكالة بل فك حجر
كما في الذخيرة ثم اذا وقع التجاحد بين الزوجين في هذه المسائل فللمباشر ان يشهد وتقبل شهادته
اذا لم يذكر انه عقده بل قال هذه امرأته بعقد صحيح ونحوه ولو بين لا تقبل شهادته على فعل نفسه
وفي الفتاوى بعث اقواما للخطبة فزوجها الاب بحضر تهم فالصحيح الصحة وعليه الفتوى لانه
لا ضرورة في جعل الكل خاطبين فيجعل المتكلم خاطبا فقط والباقي شهودا كما في الفتح لكن في الخلاصة
المختار عدم الجواز

﴿باب المحرمات﴾

لما كانت المحلية شرطا من شرائط النكاح
احتاج ان يبين المحرمات في فصل على حدة ليتميز بمعرفتها المحللات لان المحرمات يمكن حصرهن
ويلزم منه ان يكون ما عداه يحل واسباب حرمتهن تتنوع الى تسعة انواع القرابة والمصاهرة والرضاع
والجمع وتقدم الحرة على الامة وقيام حق الغير من نكاح او عدة والشرك وملك اليمين والطلقات الثلث
وسيأتي ذلك في المتن مفصلا (تحرم على الرجل امه وجدته وان علت) فاسدة كانت او صحيحة

وبنته وبنت ولده) ذكرا او انثى (وان سفلت) لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم فثبتت حرمة الجدات والبنات بالنص لان الام الاصل فى اللغة والبنت هى الفرع ومنه يقال لمكة ام القرى وقال الله تعالى هن ام الكتاب الا ان الاوهام تنصرف الى الاقرب المعروف فعلى هذا يتناول النص الجدات والبنات حقيقة فيكون الاسم من قبيل المشكك اوبالاجماع واقتصر صاحب الهداية فى حرمة بنات الاولاد على الاجماع لان عنده لم يثبت اطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة اوبدلالة النص اوبعموم المجاز واختلف الاصوليون فى اضافة التحريم الى الاعيان فقيل مجاز من اطلاق اسم المحل على الحال ورجحوا كونه حقيقة على ان يكون من قبيل حذف المضاف اى نكاح امة والحرمة تجوز ان تفسر بالبطلان والفساد لانه لافرق بينهما فى باب النكاح كما فى اكثر المعتبرات فما فى العمادى انهم اختلفوا فى نكاح المحارم انه باطل او فاسد لايخلو عن اشكال (و) يحرم (اخته) لاب وام او لاحدهما لقوله تعالى واخواتكم (وبنتها) لقوله تعالى وبنات الاخت (وبنت اخيه) لاب وام اولاحدهما لقوله تعالى وبنات الاخ (وان سفلتا) لعموم المجاز اودلالة النص اوالاجماع كما بينا (وعمته وخالته) لاب وام اولاحدهما لقوله تعالى وعماتكم وخالاتكم وتدخل فى العمات والخالات اولاد الاجداد والجدات وان علوا وكذا عمة جده وخالته وعمة جدته وخالتها وفى الخانية ان عمة العمة لاتحرم ان كانت عمته اختا لابيه من الام لانها اجنبية منه وكذا الخالة لاب لاتحرم خالتها كبنات العم والعمة والخال والخالة (وام امرأته) حراما (مطلقا) اى لم يقيد بشرط الدخول بالمرأة بل تحرم بنفس العقد الصحيح لقوله تعالى وامهات نسائكم وتدخل فى الامهات جداتها من قبل ابيها او امها وان علون فمن قيده بشرط الدخول فقد غير النص بلادليل ولايقال ان الكلمات المعطوفة بعضها على بعض اذا ذكر فى آخرها شرط ينصرف الى جميع ماتقدم وقد شرط الدخول فى المعطوف فى هذه الاية وهى وربائبكم لانا نقول ماذكر فى المعطوف شرطا لان الشرط اسم المعدوم على خطر الوجود بل وصفها بصفة متحققة فى الحال وهى ان تكون من نساء دخل بهن فيكون هذا تحريم شخص موصوف بصفة معطوفا على شخص غير موصوف بصفة وعطف الموصوف على غير الموصوف لايقتضى ذكر الصفة فى غير الموصوف وهذا ظاهر على ان الشرط انما يعود الى الجميع اذا امكن ولم يمكن لانه يؤدى الى ان يصير الشئ الواحد معمولا بعاملين وذا لايجوز (وبنت امرأة دخل بها) فان لم يدخل حتى حرمت عليه حل له تزوج الربيب لقوله تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلاجناح عليكم والدخول كناية عن الجماع وذكر الحجر فى الاية خرج مخرج العادة لالتعلق الحكم به وتدخل فى الربيبة بنتها وبنات ابنائها وان سفلن (وامرأة ابيه وان علا) اى امرأة اجداده لقوله تعالى ولاتنكحوا مانكح آباؤكم دخل بها اولم يدخل وفى الشمنى ولو اشترى جارية من ميراث ابيه يسعه ان يطأها حتى يعلم ان الاب وطئها ولو كان لرجل جارية وقال قد وطئتها لايحل لابنه وطئها ولو كانت فى غير ملكه يحل الا ان يصدق اباه (و) امرأة (ابنه وان سفل) دخل بها اولم يدخل لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاخراج ابن التبنى فان حليلته لاتحرم لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع لانها حرام (و) يحرم (الكل) اى كل هذه المذكورات (رضاعا) اى للرضاع فيكون مفعولا له وفيه اشكال لانه يحل اخت ولده وام اخيه واخته وجدة ولده رضاعا ويحرم نسبا كما فى القهستانى فينبغى ان يستثنى لكن بعض المحققين قالوا لاحاجة الى الاستثناء لان المعنى الذى لاجله حرم فى النسب لم يكن موجودا فيه ويحرم فرع المزنية رضاعا وكذا فرع الممسوسة والماسة والمنظور الى فرجها الداخل بشهوة واصلهن رضاعا (و) يحرم (الجمع بين الاختين) ولو رضاعا (نكاحا) اى من جهة النكاح ويجوز نصبه على الظرفية لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين (ولو فى عدة من باين)

لقيام النكاح بقيام حقوقه (اورجعي) لان قيام الحقوق فيه اظهر فيكون بالطريق الاولى ولو اقتصر بالاول لكان اخصر هذا في البينونة اما لو ماتت المرأة فتزوج باختها بعد يوم جاز وكذا لو كان له اربع نسوة ماتت احديهن فتزوج الخامسة بعد يوم جاز (اووطئا) احترازعن الجمع بملك يمين بدون الوطئ (بملك اليمين) سواء كانتا مملوكتين او احديهما منكوحة لعموم آية الجمع (فلوتزوج) بنكاح صحيح تفريع لما قبله (اخت امته التي وطئها) صح النكاح لصدوره كن التصرف من الاهل مضافا الى المحل لكن (لايطأ واحدة منهما حتى تحرم) بالتخفيف المرأة (الاخرى) فان كانت منكوحة فحرمتها بالطلاق او الخلع او الردة مع انقضاء العدة وان مملوكة فحرمتها بالشراء كلا او بعضا او بالاعتاق اوالتزويج اوالكتابة مع الاستبراء وعند الائمة الثلثة تحل المنكوحة قبل تحريم الموقوفة لان حرمة وطئها قد ثبتت بمجرد العقد فلاحاجة الى اشتراط حق التحريم (ولوتزوج اختين في عقدين) متعاقبين اذلوكانا في عقدة واحدة او بعقدتين معا بطل يقينا ولم تستحق واحدة منهما شيئا من المهر الا من وطئها فلها الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة (ولم تعلم الاولى) لانه لوعلم فالعقد الاول جائز والثاني فاسد (فرق) اى فرق القاضي والظاهر انه طلاق حتى ينقص العدد كما في الفتح (بينه وبينهما) لانه لاوجه الى التعيين لعدم الاولية ولاللتحجيج في احديهما لابعينهما لعدم الفائدة التي هي حل القربان للزوج لعدم ثبوته مع الجهالة وللضرر في حقهما لان كلا منهما تبقى معلقة لاذات زوج ولامطلقة فتعين التفريق وفي الدراية اوزنى باحدى الاختين لايقرب الاخرى حتى تحيض الاخرى بحيضة (ولهما) اى للاختين (نصف المهر) ان كان مهراهما متساويين وهو مسمى في العقد ولوكانا مختلفين يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرهما وان لم يكن مسمى فالواجب متعة واحدة لهما بدلا عن نصف المهر هذا اذا كانت الفرقة قبل الدخول وادعت كل واحدة منهما انها الاولى ولابينة لهما اما اذاقالت لاندري اى النكاحين اول فلاشئ لهما مالم يصطلحا على اخذ نصف المهر لان الحق وجب لمجهولة فلابد من الدعوى والاصطلاح ليقضى بهما واما اذابرهنت كل واحدة على السبق فعليه نصف المهر بينهما بالاتفاق وعن ابي يوسف انه لاشئ عليه لتعذر القضاء لجهالة المقضي له وعن محمد انه يجب عليه مهر تام بينهما لانه مقر بصحة نكاح احديهما والنكاح الصحيح يوجب كمال المهر كما في الكافي لكن النكاح الصحيح انما يوجب كمال المهر اذا دخل بها اوفات قبل التفريق والكلام فيما قبل الدخول ولذا وجب نصف المهر بينهما اذ كمال المهر في صورة الاصطلاح او في صورة ادعاء الاولية بلابينة فالاولى ان يعلل بان كل واحدة منهما لما برهنت واستحقت نصف المهر لزم كمال المهر بينهما نصفين (و) يحرم (الجمع بين امرأتين اوفرضت احديهما ذكرا تحرم عليه الاخرى) سواء كانت لنسب اورضاع فلايجوز الجمع بين المرأة وعمتها اوخالتها او بنت اختها او بنت اخيها ولابين امرأتين كل منهما عمة للاخرى ولابين امرأتين كل منهما خالة للاخرى لقوله عليه الصلاة والسلام لاتنكح المرأة على عمتها ولاعلى خالتها ولاعلى ابنة اخيها ولاعلى ابنة اختها وهذا الحديث يصلح مخصصا لعموم الكتاب وهو قوله تعالى واحل لكم ماوراء ذلكم لان هذه الآية مخصوصة بالبنت والعمة من الرضاع وبالمشركة فيجوز تخصيصها بخبر الواحد مع انه مشهور وفي البحر والمراد بالحرمة المؤبدة اما الموقتة فلا تمنع ولذا لوتزوج امة ثم سيدتها جاز لانها حرمة موقتة بزوال ملك اليمين وقيل لايجوز تزوج السيدة عليها نظرا الى مطلق الحرمة (بخلاف الجمع بين امرأة وبنت زوجها) فانه يجوز لانه لوفرضت المرأة ذكرا جاز له ان يتزوج بنت الزوج لانها بنت رجل اجنبي امالوفرضت بنت زوج ذكرا كان ابن الزوج فلم يجز له ان يتزوج بها لانها موطوءة ابيه لامها وقال الباقاني نقلا عن البهنسي لافائدة فيه اذ بنت الزوج لاتكون

منها بل يوهم جواز الجمع ان كانت منها انتهى لكن فى الايهام بحث لان المصنف قد ذكر حرمة الجمع بين امرأة وبنتها آنفا والمفهوم لا يعارض المنطوق تدبر ولم يذكره على صيغة الحصر كما فى الخانية لانه يجوز الجمع بين المرأة وامرأة ابنها فان المرأة لو فرضت ذكرا الحرم عليه التزوج بامرأة ابنه ولو فرضت امرأة الابن ذكرا لجاز لانها اجنبي عنها كما اذا جمع بين ابنتي العمين او العمتين او الخالين او الخالتين قالوا ولا بأس بان يتزوج الرجل امرأة و يتزوج ابنه امها او بنتها (والزنا يوجب حرمة المصاهرة) حتى لو زنى بامرأة حرمت عليه اصولها وفروعها و حرمة المزنية على اصوله وفروعه ولا تحرم اصولها وفروعها على ابن الواطئ وابيه كما فى المحيط للسرخسي وعند الشافعي لا يوجبها لان المصاهرة نعمة فلا تنال بحرام وعن مالك روايتان لنا عموم قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ولان كل تحريم تعلق بالوطئ الحلال تعلق بالوطئ الحرام و لانه استمتاع كالحلال وفيه رمز الى انه لو اتاها فى دبرها لم يحرم عليه فرعها على الصحيح كما فى اكثر المعتبرات لكن هذا ليس باطلاقه بل لو اتاها فى دبرها فانزل اما اذا لم ينزل فتثبت حرمة المصاهرة بالاجماع لان اللمس بشهوة يوجبها اذا لم ينزل فالاتيان فى دبرها يوجبها بالطريق الاولى مع عدم الانزال فعلى هذا لو وطئها فافضاها لم تحرم عليه امها لعدم تيقن كونه فى الفرج الا اذا حبلت وعلم كونه منه و عن ابى يوسف كرهت له الام والبنت وقال محمد التنزه احب الى و عند بعضهم يوجبها مطلقا وبه افتى شيخ الاسلام الاوزجندي (وكذا) يوجبها (المس) ولو بحائل ووجد حرارة الممسوس سواء كان عمدا او سهوا او خطأ او كرها حتى لو ايقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده الى ابنة منها فقرصها بشهوة وهى ممن تشتهى اظن انها امها حرمت عليه الام حرمة مؤبدة ولك ان تصورها من جانبها بان ايقظته هى كذلك فقرصت ابنه من غيرها و فى مس الشعر روايتان و يشترط كونها مشتهاة حالا او ماضيا فتثبت بمس العجوز بشهوة ولا تثبت بمس صغيرة لا تشتهى خلافا لابى يوسف والمس شامل للتفخيذ والتقبيل والمعانقة لكن ثبوت الحرمة بالمس مشروط بان يصدقها الرجل انه بشهوة فانه لو كذبها واكبر رأيه انه بغير شهوة لم تحرم وفى التقبيل و المعانقة حرمت ما لم يظهر عدم الشهوة كما فى حالة الخصومة و يستوى ان يقبل الفم او الذقن او الخد او الرأس وقيل ان قبل الفم يفتى بها وان ادعى انه بلا شهوة و ان قبل غيره لا يفتى بها الا اذا ثبتت الشهوة (بشهوة) فلو مس بغير شهوة ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه وما ذكر فى حد الشهوة من ان الصحيح ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا كما فى الهداية وغيرها وفى الخلاصة وبه يفتى فكان هو المذهب وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى ان يميل اليها بالقلب و يشتهى ان يعانقها وفى الغاية وعليه الاعتماد وفائدة الاختلاف تظهر فى الشيخ والعنين والذى ماتت شهوته فعلى الاول لا تثبت وعلى الثانى تثبت كما فى الذخيرة هذا فى حق الرجال واما فى حق النساء فالاشتهاء بالقلب (من احد الجانبين) وفى المضمرات ان شهوة احدهما كافية اذا كان الآخر محل الشهوة فلا يشترط ان يكونا بالغين (و) كذا يوجبها (نظره الى فرجها الداخل) وهو المدور وعليه الفتوى كما فى اكثر المعتبرات ولو من زجاج او ماء هى فيه بخلاف النظر الى عكسه فى المرآة والماء وقيل الى الخارج وهو الطويل وقيل الى العانة وهى منابت الشعر و قيل الى الشق وفى النظم و عليه الفتوى هذا كله اذا كانت متكئة واما اذا كانت قاعدة مستوية او قائمة فلم تثبت الحرمة على الصحيح (و) كذا يوجبها (نظرها الى ذكره بشهوة) متعلق بالنظر وقال الشافعى لا يوجبها لان المس والنظر ليسا فى معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا انهما داعيان الى الوطئ فيقومان مقامه فى حق الحرمة احتياطا (وما) اى صغيرة (دون تسع سنين غير مشتهاة وبه يفتى) اما بنت تسع سنين فقد تكون مشتهاة و قد لا تكون وقال ابو بكر محمد بن الفضل مشتهاة من غير

تفصيل كما فى الشمنى وعليه الفتوى كما فى القهستانى و بنت خمس غير مشتهاة من غير تفصيل و بنت ثمان اوسبع اوست ان كانت ضخمة مشتهاة والا فلا واعلم ان حرمة المصاهرة تثبت بالاقرار وان كان بطريق الهزل فى المختار ولا يصدق فى تكذيب نفسه (ولو انزل مع المس) او النظر (لاتثبت الحرمة) لانه تبين بالانزال انه غير داع الى الوطئ الذى هو سبب الجزئية (وهو الصحيح) احتراز عما قيل تثبت لان بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة والانزال لايوجب دفعها بعد الثبوت والمختار ان لايثبت بناء على ان الامر موقوف حال المس الى ظهور عاقبته ان ظهر انه لم ينزل حرمت والالا كما فى الفتح (وصح نكاح الكتابية) حرة اوامة اسرائيلية اوغيرها ذمية او حربية الا انه لو نكح حربية فى دار الحرب كره فقيل انما كره اذا قصد التوطن بها وقيل اذا قصد الوطئ وقيل اذا قصد استيلادها لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب وفى المستصفى وقال اهل التأويل فى قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم اى ذبائحهم حل لكم ولان الطعام عام فيتناول الكل قالوا هذا يعنى الحل اذا لم يعتقد المسيح آلها اما اذا اعتقدوا آلها فلا انتهى وفى مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان لاياكلوا ذبائح اهل الكتاب اذا اعتقدوا ان المسيح اله وان عزيرا آله ولا يتزوجوا نساءهم وقيل عليه الفتوى لكن بالنظر الى الدلائل ينبغى ان يجوز الاكل والتزوج والاولى ان لايفعل ولاياكل ذبيحتهم الا للضرورة كما فى الفتح فعلى هذا يلزم على الحكام فى ديارنا ان يمنعوا من الذبح لان النصارى فى زماننا يصرحون بالابنية قبحهم الله تعالى وعدم الضرورة متحقق والاحتياط واجب لان فى حل ذبيحتهم اختلاف العلماء كما بيناه فالاخذ بجانب الحرمة اولى عند عدم الضرورة تأمل (و) صح نكاح (الصابئية المؤمنة بنبى) الصابئية من صبأ اذا خرج من الدين ثم الوصف للتوضيح والتفسير على مذهب الامام لاللتقييد (المقرة بكتاب) صفة كاشفة للصابئية واختلف فى تفسيرها فمن قال هم قوم من النصارى يقرؤن الكتاب و يعظمون الكواكب كتعظيم المسلمين الكعبة فلا خلاف فى صحة النكاح ومن قال هم قوم يعبدونها كعبادة الاوثان فلا خلاف فى عدم صحته وما نقل من الخلاف بين الامام و بينهما مبنى على القولين ثم كل من يعتقد دينا سماويا وله كتاب منزل كصحف ابراهيم وشيث وزبور داود عليهم السلام فهو من اهل الكتاب فيجوز مناكحتهم واكل ذبائحهم مالم يشركوا خلافا للشافعى (لا) يصح نكاح (عابدة كوكب) ولا وطؤها بملك يمين لانها مشركة (وصح نكاح المحرم والمحرمة) بالحج والعمرة خلافا للشافعى (و) صح نكاح (الامة المسلمة والكتابية) للحر اذا لم يكن تحته حرة لاطلاق قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء وقوله تعالى واحل لكم ماوراء ذلكم وقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم (ولو) كان (مع طول الحرة) اى مع القدرة على مهرها ونفقتها وللشافعى خلاف فى الامة الكتابية بناء على مفهوم الوصف وفى الامة المسلمة عند طوله الحرة بناء على مفهوم الشرط وكلا المفهومين ليسا بحجة عندنا على ان اللازم على تقدير حجية المفهوم عدم اباحة نكاحهما فيجوز ان يكون ذلك لكراهته لالعدم صحته ونحن لاننازع فيها كما فى الاصلاح وفى المبسوط الاولى ان لايفعله (و) صح نكاح (الحرة على الامة) لقوله عليه الصلاة والسلام وتنكح الحرة على الامة (و) صح نكاح (اربع) نسوة (فقط للحر من حرائر واماء) او منهما بشرط تأخير الحرة لقوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والاقتصار على الاربع فى موضع الحاجة الى البيان يدل على انه لاتجوز الزيادة عليه هذا رد على من اجاز تسعا من الحرائر او ثمانى عشرة هذا بحث طويل فليطلب من شروح الهداية وغيرها واما الجوارى فله ما شاء منهن حتى قال فى الفتاوى رجل له اربع نسوة والف جارية واراد ان يشترى جارية اخرى فلامه رجل يخاف عليه الكفر وقالوا اذا ترك ان يتزوج كيلا يدخل الغم على زوجته التى كانت عنده كان مأجورا

(وللعبد) قنا اومدبرا اومكاتبا اوابن ام الولد (ثنتان) خلافا لمالك فانه فى حق النكاح بمنزلة الحرة عنده وفيه اشارة الى انه لايحل له التسرى ولان يسريه مولاه لانه لايملك شيئا الا الطلاق (و) صح نكاح (حبلى من زنا) عند الطرفين وعليه الفتوى لدخولها تحت النص وفيه اشعار بانه لونكح الزانى فانه جائز بالاجماع (خلافا لابى يوسف) قياسا على الحبلى من غيره (ولا توطأ) الحبلى من الزنا اى يحرم الوطئ وكذا دواعيه ولاتجب النفقة (حتى تضع) الحمل اتفاقا لقوله عليه الصلوة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلايسقين ماءه زرع غيره يعنى اتيان الحبالى خلافا للشافعى وفى الفوائد عن النوازل انه يحل الوطئ عند الكل وتستحق النفقة كما فى النهاية (و) صح نكاح (موطوءة سيدها) اى امة وطئها سيدها لانها ليست بفراش لمولاها فانها لوجاءت بولد لايثبت نسبه من غير دعوة فلايلزم الجمع بين الفراشين فللزوج ان يطأها قبل استبرائها عند الشيخين لكن على المولى ان يستبرئها صيانة لمائه وقال محمد لااحب ان يطأها حتى يستبرئها واختاره ابو الليث واوقال وموطوءة السيد لكان اولى (او) موطوءة (زان) بان رأى امرأة تزنى فتزوجها جاز وللزوج ان يطأها بغير استبراء على الخلاف المذكور واما قوله تعالى الزانية لاينكحها الا زان فنسوخ بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم اوالمراد بالنكاح فيه الوطئ يعنى الزانية لايطأها الا زان فى حالة الزنا وما فى شرح الوهبانية من انه لوزنت زوجته لايقربها زوجها حتى تحيض لاحتمال علوقها فضعيف تأمل (ولو تزوج امرأتين بعقد واحد احديهما محرمة صح نكاح الاخرى) وبطل نكاح المحرمة (و) المهر (المسمى كله لها) اى للتى صح نكاحها عند الامام لان ضم مالايحل الى مايحل فى النكاح كضم الجدار وفى التسهيل يشكل مذهب الامام بمن جمع فى البيع قنه ومدبره حيث صح فى قنه بحصته لابكل الثمن ولايجاب بان المدبر دخل فى العقد فاعتبر بالحصة بخلاف المحرم فانها لم تدخل اصلا فلم يعتبر لها الحصة لانا نقول على هذا ينبغى ان يصح البيع بكل الثمن عند الامام اذا جمع بينه و بين حر لان الحر لايدخل اصلا فلا حصة له ولاجهالة مع انه لايصح عنده اصلا انتهى وفيه كلام لان البيع يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح فقبول المحرمة شرط فاسد غير مفسد واما قبول الحر فشرط فاسد ومفسد فلايصح البيع فضلا عن ان يكون بكل الثمن تدبر (وعندهما) والشافعى (يقسم على مهر مثلهما) فما اصاب التى صح نكاحها لزمه وما اصاب الاخرى سقط عنه وفى الزيادات ولو دخل بالتى لاتحل له يلزمه مهر مثلها ولاحد عليه مع العلم بالحرمة عند الامام (ولايصح تزوج امته) اى لا يترتب عليه مايترتب على النكاح من وجوب المهر وبقاء النكاح بعد الاعتاق ووقوع الطلاق وغيرها فيصح تزوجها متنزها عن وطئها حراما لاحتمال كونها حرة اومعتقة الغير اومحلوفا عليها بعتقها وقد حنث الحالف ولهذا كان الامام الشدادى يفعل ذلك كما فى القهستانى (او سيدته) لانه لوصح لكان المملوك المحض مالكا لها و بينهما منافاة وهذا باطل بالاجماع (او مجوسية او وثنية) والاولى بالواو فيهما اى ولايصح تزوج مجوسية ووثنية بالاجماع لان من يعتقد ان النار او الوثن اله يكون مشركا وقد قال الله تعالى ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمن والنص عام يدخل تحته جميع المشركات حتى المعطلة والزنادقة والباطنية والاباحية وكل مذهب يكفر به معتقده لان اسم المشرك يتناولهم جميعا وكذا لاتجوز المناكحة بين اهل السنة والاعتزال لانه كافر عندنا لكن الحق عدم تكفير اهل القبلة وان وقع الزاما فى المباحث بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة كونها من الدين مثل القائل بقدم العالم ونفى العلم بالجزئيات على ماصرح به المحققون وكذا القول بالايجاب ونفى الاختيار كما فى الفتح وكذا لايجوز بين بنى آدم وانسان الماء والجن كما فى السراجية وعن الحسن البصرى يجوز تزوج

الجنبية بشهادة الرجلين كما في القنية (ولا) يصح تزوج (خامسة في عدة رابعة ابانها) وفيه خلاف الشافعي وكذا لا يصح تزوج ثالثة في عدة ثانية للعبد (ولا) يصح تزوج (امة على حرة) سواء كان حرا او عبدا لقوله عليه الصلاة والسلام لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على مالك فانه يجوزه برضاء الحرة وعلى الشافعي فانه يجوزه اذا كان الزوج عبدا وفي البحر ولا يجوز نكاح الامة على الحرة ولا معها ويجوز نكاح الحرة على الامة ومعها (او في عدتها) يعني من ابان زوجته الحرة لا يحل له ان يتزوج في عدتها امة عند الامام لان النكاح باق في العدة من وجه فالاحتياط المنع كما لم يجز نكاح اختها في عدتها (خلافا لهما فيما اذا كانت عدة البائن) لان التزوج في عدتها ليس تزوجا عليها وقيد بالبائن لان الرجعي يمنع اتفاقا (ولا) يصح نكاح (حامل من سبي) وعن الامام انه يصح النكاح ولا توطأ حتى تضع حملها (او حامل ثبت نسب حملها) بان كانت مسبية او مهاجرة ذات حمل من حربي او مستولدة فعلى هذا لو اكتفى عليها لكان مستغنى عن مقدمها ومؤخرها كما في الباقاني وغيره لكن في صحة المسئلة الاولى رواية عن الامام كما بيناه وقد صرحها احترازا عنها تدبر (ولو) ثبت (من سيدها) يعني ان ادعى السيد حملها منه ثم زوجها من غيره وهي حامل فالنكاح باطل (ولا) يصح (نكاح المتعة والموقت) الفرق بينهما ان يذكر في الموقت لفظ النكاح او التزويج مع التوقيت وفي المتعة لفظ اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال او استمتع كما في اكثر الكتب وفي الفتح ان معنى المتعة عقد على امرأة لا يراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل اما الى مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها او غير معينة بمعنى بقاء العقد مادام معها الى ان ينصرف عنها فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت ايضا فيكون من افراد المتعة وان عقد بلفظ التزويج واحضر الشهود قيده بالموقت لانه لو تزوجها على ان يطلقها بعد شهر فانه جائز لان اشتراط القاطع يدل على انعقاده مؤبدا وبطل الشرط كما في القنية وعن الامام اذا وقتا وقتا لا يعيشان اليه كمائة سنة او اكثر يكون صحيحا كما في النهاية لكن الظاهر عدم الصحة وعنه لو قال اتزوجك متعة انعقد النكاح ولغا قوله متعة كما في الخانية وفي البحر ولو تزوجها بنية ان يقعدها مدة نواها فالنكاح صحيح لان التوقيت انما يكون باللفظ واعلم ان نكاح المتعة قد كان مباحا بين ايام خيبر وايام فتح مكة الا انه صار منسوخا باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم حتى لو قضى بجوازه لم يجز ولو اباحه صار كافرا كما في المضمرات لكن ليس فيه تعزير ولا حد ولا رجم كما في التنف فعلى هذا يلزم عدم ثبوت ما نقل من اباحته عند مالك ولا بأس بتزوج النهاريات وهو ان يتزوجها على ان يكون عندها نهارا دون الليل

﴿باب الاولياء والاكفاء﴾

الولي من الولاية وهي تنفيذ الامر على الغير والاكفاء جمع كفؤ وهو النظير والمساوي (نفذ) اي صح (نكاح حرة) احتراز عن الامة لان نكاحها موقوف على اذن مولاها كتوقف نكاح الصغيرة والمجنونة والمعتوهة على اذن المولى ولذا قال (مكلفة) بكرا كان او ثيبا (بلا ولي) اي ولو كان النكاح بلا اذن ولي وحضوره عند الشيخين في ظاهر الرواية لانها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة بالغة ولهذا كان لها التصرف في المال والاصل هنا ان كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه على نفسه وكل من لا يجوز لا واطلقه فشمل الكفؤ وغيره وعند الائمة الثلاثة لا ينعقد بعبارة النساء اصلا اصلية كانت او وكيلة الا عند مالك في رواية لو كانت خسيسة لا شريفة صح بلا ولي والخلاف في انشاء النكاح واما اقرارها به فجائز اتفاقا كما في الحقايق (وله) اي لكل من الاولياء اذا لم يرض واحد منهم (الاعتراض) اي ولاية المرافعة الى القاضي ليفسخ وليس هذا التفريق طلاقا حتى لا ينقص عدد الطلاق ولا يجب شيء من المهر قبل الدخول ولو بعده لها المسمى وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة ولا يثبت الا بالقضاء لانه مجتهد فيه والنكاح صحيح يتوارثان به اذا مات احدهما قبل القضاء

فى غير الكفؤ) دفعا لضرر العار فان رضى واحد منهم ليس لمن فى درجته او اسفل اعتراض هذا اذا لم تلد منه اما اذا سكت حتى ولدت فليس له الاعتراض لئلا يضيع الولد كما فى اكثر المعتبرات وقيل له الاعتراض وان ولدت اولادا وفى المحيط او فارقته بعد رضى الولى بنكاحها ثم تزوجت منه بدون رضاه له الاعتراض لان حق الفسخ يتجدد بتجدد النكاح (وروى الحسن عن الامام) وهو رواية عن ابى يوسف (عدم جوازه) اى عدم جواز نكاحها اذا زوجت نفسها بلا ولى فى غير الكفو وبه اخذ كثير من مشايخنا لان كم من واقع لا يرفع (وعليه فتوى قاضيخان) وهذا اصح واحوط والمختار للفتوى فى زماننا اذ ليس كل ولى يحسن المرافعة ولا كل قاض يعدل فسد هذا الباب اولى خصوصا اذا ورد امر السلطان هكذا وامر بان يفتى به وفى الفتح وغيره لو زوجت المطلقة ثلثا نفسها بغير كفؤ ودخل بها لا يحل للاول قالوا ينبغى ان يحفظ هذه فان المحلل فى الغالب يكون غير كفؤ اما لو باشر الولى عقد المحلل فانها تحل للاول هذا اذا كان لها ولى اما اذا لم يكن لها ولى فهو صحيح مطلقا اتفاقا كما فى البحر (وعند محمد ينعقد موقوفا) على اجازة الولى (ولو) وصلية (من كفؤ) ومعنى كونه موقوفا انه لا يجوز وطئها قبل الاجازة ولا يقع الطلاق ولا يتوارث احدهما من الاخر ويروى رجوعه الى قول الامام ولهذا قال بعض الفضلاء والاولى ان يقول وعن محمد لكن فى الغاية قال رجا بن ابى رجا سألت محمدا عن النكاح بغير ولى فقال لا يجوز قلت فان لم يكن لها ولى قال ترفع امرها الى القاضى ليزوجها قلت فان كان فى موضع لا حاكم فيه قال تفعل ما قال سفيان قلت وما قال سفيان قال تولى امرها رجلا ليزوجها انتهى فيفهم منه عدم رجوعه فلهذا قال وعند محمد تدبر (ولا يجبر ولى بالغة) على النكاح بل يجبر الصغيرة عندنا ولو ثيبا لان ولاية الاجبار ثابتة على الصغيرة دون البالغة (ولو بكرا) وعند الشافعى ثابتة على البكر ولو بالغة دون الثيب ولو صغيرة ثم عندنا كل ولى فله ولاية الاجبار وعند الشافعى ليس الا الاب والجد (فاذا استأذن الولى البكر) البالغة (فسكتت) اى البكر البالغة (او ضحكت) بلا استهزاء فلو ضحكت مستهزئة لم يكن اذنا على ما قال السرخسى وكذا التبسم اذن على الصحيح كما فى النهاية (او بكت بلا صوت فهو)اى كل واحد منها (اذن ومع الصوت رد) وعليه الفتوى كما فى اكثر الكتب ولا اعتبار للحرارة والبرودة والعذوبة والملوحة للدمع وقيل ان باردا اذن وان حارا رد وقيل عذبا اذن وملحا رد وعن ابى يوسف فيه روايتان فى رواية يكون رضاء لان البكاء قد يكون عن سرور وقد يكون عن حزن فلا يثبت واحد منهما للمعارضة ويبقى مجرد السكوت وهو رضاء وفى رواية لا يكون رضاء وهو قول محمد لان البكاء غالبا يكون عن حزن والمعول فى البكاء والضحك ظهور قرائن الاحوال الدالة على الرضاء او الرد كما فى المطلب ولو اكتفى بلا صوت لكان اخصر (وكذا) يكون السكوت والضحك والبكاء بلا صوت رضاء واجازة (او زوجها) الولى بدون الاستيذان (فبلغها الخبر) اى خبر النكاح بعد التزويج لكن السنة ان يستأذنها قبله وفى البزازية وان بلغها خبر النكاح فقالت لا ارضى ثم رضيت لا يصح وعن هذا قال المشايخ المستحسن تجديد النكاح عند الزفاف لان البكر عسى تظهر الرد عند السماع ثم لا يفيد رضاها وقال محمد بن مقاتل سكوتها عند بلوغ الخبر ليس باجازة وفى البدايع وعن ابى يوسف ان سكوتها بعد العقد رد وهو قول محمد ولو كان مبلغ الخبر فضوليا يشترط فيه العدد والعدالة عند الامام خلافا لهما ولا يشترط ذلك فى رسول الولى كما فى الشمنى وفى البزازية وقبولها الهدية بعد التزويج لا يكون رضاء وكذا اكل طعامه والخدمة ان كانت تخدمه قبل ذلك والا فهى رضاء (وشرط فيهما) اى فى الاستيذان وبلوغ الخبر (تسمية الزوج) اى ذكره على وجه يقع به لها المعرفة حتى لو قال لها اريد ان ازوجك من رجل فسكتت لا يكون رضاء اما لو قال من فلان او فلان او فلان فسكتت فيكون رضاء بواحد منهم ولو قال من جيرانى او بنى عمى يكون رضاء ان كانوا يحصون وان كانوا

لايحصون فليس رضاء ولو زوجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه والاصح انه رضاء ولو زوجها الولى
من غير كفؤ فسكتت لم يكن رضاء فى قول محمد بن سلمة وهو قولهما قال ابو الليث وهو يوافق قولهما
فى الصغيرة (لا) يشترط تسمية (المهر هو الصحيح) لان تسميته ليس بشرط فى النكاح فلا يشترط
فى الاستئمار كما فى اكثر المعتبرات وفى شرح الوافى وقيل لايصح بلا تسمية المهر لجواز كونها لاترضى
الابالزائد على مهر المثل بكمية خاصة وهو قول المتأخرين من مشايخنا كما فى البحر والصحيح انه ان كان
المزوج ابا او جدا فلا تشترط والا فتشترط لكن فى الفتح كلام فليطالع (ولو استأذنها) اى البكر
البالغة (غير الولى الاقرب) اجنبيا او وليا بعيدا كالجد عند الاب (فلا بد من القول) لان سكوتها
لقلة المبالاة بكلامه لا لرضاها به وذكر الكرخى ان سكوتها رضاء لانها تستحى منه اكثر من الاقرب والاول
اصح (وكذا) لابد من القول او ما يقوم مقامه كالتمكين من الجماع وطلب النفقة والمهر وغيرها
(لو استأذن) الولى اوغيره (الثيب) الكبيرة لقوله عليه الصلاة والسلام الثيب تشاور ولان
الاصل فى السكوت ان لايكون رضاء لكونه محتملا فى نفسه وانما اقيم مقام الرضاء فى حق البكر لضرورة
الحياء والثابت بالضرورة لايعدو عن موضع الضرورة ولا ضرورة فى الثيب لانه قل الحياء بالممارسة
فلا يكتفى بسكوتها عند استئذانها وحين بلوغها العقد (ومن زالت بكارتها) اى عذرتها وهى
الجلدة التى على المحل وفى الظهيرية البكر اسم لامرأة لاتجامع بنكاح ولا غيره (بوثبة او حيضة
او جراحة او تعنيس) من عنست الجارية اذا جاوزت وقت التزوج فلم تتزوج (فهى بكر) حقيقة
اى حكمهن حكم الابكار ولذا تدخل فى الوصية لابكار بنى فلان لان مصيبها اول مصيب لها ومنه
الباكورة والبكرة لاول الثمار ولاول النهار ولاتكون عذراء وقال بعض الشافعية هى فى حكم الثيب
لزوال عذرتها (وكذا لو زالت) بكارتها (بزنا خفى) عند الامام وفيه اشارة الى انها لو زنت ثم اقيم عليها
الحد او صار الزنا عادة لها او جومعت بشبهة او نكاح فاسد فحكمهن حكم الثيب ولو خلى بها زوجها
ثم طلقها قبل الدخول بها او فرق بينهما بعنة اوجب تزوج كالابكار وان وجبت عليها العدة لانها
بكر حقيقة والحياء فيها موجود كما فى البحر (خلافا لهما) وهو قول الشافعى فى الجديد لانها ليست
ببكر حقيقة لان مصيبها ليس باول مصيب لها ولذا لاتدخل فى الوصية لابكار بنى فلان وله ان
التفحص عن حقيقة البكارة قبيح فادير الحكم على مظنتها وفى استنطاقها اظهار لفاحشتها وقد
ندب الشارع الستر بخلاف ما اذا تكرر زناها لانها لاتستحى بعد ذلك عادة (ولو قال لها الزوج) اى
للبكر البالغة عند الدعوى (سكتت) عند الاستئذان والبلوغ وانما قيدنا بالبالغة لانها اذا كانت
صغيرة وزوجها الولى ثم ادركت وادعت رد النكاح حين بلغت وكذبها الزوج كان القول قوله
(وقالت رددت ولا بينة له فالقول لها) لان القول للمنكر خلافا لزفر لتمسكه بالاصل وهو عدم الكلام
اما لو قالت بلغنى النكاح يوم كذا فرددت وقال الزوج لابل سكتت كان القول قوله لانه منكر للرد
وفى المنح بكر زوجها وليها فقالت بعد سنة انى قلت لا ارضى بالنكاح فالقول لها (وتحلف عندهما)
وعند الثلاثة ان لم يقم الزوج البينة على سكوتها فان اقام تقبل لانها لم تقم على النفى بل على حالة وجودية
فى مجلس خاص يحاط بطرفيه او هو نفى يحيط به علم الشاهد وان اقاما فبينتها اولى لاثبات الزيادة
اعنى الرد هذا ان ادعى السكوت اما لو ادعى اجازتها واقاماها فبينته اولى لاستوائهما فى الاثبات
وزيادة بينة باثبات اللزوم وفى الخلاصة من ادب القاضى للخصاف بينتها اولى فيحصل فى هذه
الصورة اختلاف المشايخ كما فى الفتح وقال تاج الشريعة وغيره ان السكوت امر وجودى لانه
عبارة عن ضم شفة لى شفة وهو امر وجودى وعدم النطق من لوازمه انتهى هذا مسلم ان كان
السكوت عبارة عن الضم وليس كذلك بل هو عبارة عن عدم التكلم لانه لو فتح ولم يضم ولم يتكلم
يتحقق السكوت مع انه ليس فيه الضم تدبر (لا) تحلف (عند الامام) والمختار للفتوى قولهما

ولهذا قدمه فان نكلت يقضى عليها بالنكول (وللولى) خاصة وعند الشافعى ليس لغير الاب والجد
انكاحها وعند مالك ليس لغير الاب (انكاح المجنونة) اى تزويجها (والصغير والصغيرة ولو)
كانت الصغيرة (ثيبا) خلافا للشافعى وقد مر التفصيل فيه (فان كان) المزوج بنفسه على
الوجه المذكور وانما قيدنا بنفسه لانه لايجوز توكيل الاب ان يزوج بنته الصغيرة باقل من مهر مثلها
كما فى القنية (ابا اوجدا لزم) العقد فليس خيار الفسخ بعد الافاقة لهما وبعد البلوغ لهما (وان كان)
المزوج (غيرهما) اى غير الاب والجد ولو اما او قاضيا على الصحيح وعليه الفتوى كما فى الكافى
(فلهما الخيار اذا بلغا او علما بالنكاح بعد البلوغ) اى ان كان المزوج غيرهما فلكل واحد منهما
خيار الفسخ سواء كانا عالمين قبل البلوغ بالعقد او علما بعد البلوغ فى اظهر الروايتين عند الامام
وهو قول محمد (خلافا لابى يوسف) اعتبارا بالاب والجد وفى الشمنى وينبغى ان لايكون للمعتوه
والمعتوهة خيار فى تزويج الابن ان افاقا كالاب والجد لانه مقدم على الاب فى التزويج (وسكوت البكر)
حين البلوغ والعلم بالنكاح (رضاء) لان سكوتها جعل رضاء فى ثبوت اصل النكاح فلان يجعل فى
ثبوت وصف اللزوم اولى (ولايمتد خيارها) اى البكر (الى آخر المجلس) اى مجلس البلوغ
والعلم فاللام للعهد فخيارها على الفور حتى لو سلمت على الشهود او سألت عن اسم الزوج والمهر بطل
خيارها كما فى اكثر الكتب لكن فى الفتح خلافه واظن ان ما فى الفتح حق فلبطالع قالوا ينبغى ان
تطلب مع رؤية الدم فان رأته ليلا تطلب بلسانها فتقول فسخت وتشهد بعد الصبح وقالت بلغت
ساعة كذا واخترت نفسى وعن محمد او قالت عند الشهود والقاضى نقضت النكاح عند البلوغ قبل
قولها مع الحلف وفى الشمنى وغيره لو اجتمع خيار البلوغ والشفعة تقول اطلب الحقين ثم تبتدئ
فى التفسير بخيار البلوغ ولو اختارت واشهدت ولم تتقدم الى القاضى شهرين فهو على خيارها
(وان) وصلية (جهلت ان لها الخيار) لانها تتفرغ لمعرفة الاحكام والدار دار العلم فلم تعذر
بالجهل وجهلها لاصل النكاح عذر لان الولى ينفرد به (بخلاف المعتقة) قبل الدخول او بعدها
فانه يلزمها الرضاء بالقول او الفعل لان الامة لا تتفرغ لمعرفة الاحكام فتعذر بالجهل (وخيار الغلام
والثيب لايبطل) بالسكوت اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح (و) كذا لايبطل (لو قاما
عن المجلس ما لم يرضيا صريحا) كرضيت (او دلالة) كاعطاء المهر وقبوله والتمكين وطلب
النفقة دون اكل طعامه وخدمته اياه والخلوة بلا مس (وشرط القضاء للفسخ فى خيار البلوغ)
من صغير او صغيرة فلا يبطل العقد ما لم يقض به القاضى لان هذا العقد كان نافذا فلا يبطل بمجرد
الرد ما لم يتأكد بالقضاء لان خيار البلوغ مختلف فيه وسببه باطن وخفى وهو قصور شفقة الولى فكان
الرد ابطالا لحق الاخر فلا ينفرد به وفيه اشارة الى انه لايصح الفسخ بغيبة الزوج والالزم القضاء
على الغائب وكذا كل فرقة يحتاج الى القضاء بخلاف خيار المخيرة فانه لا احتياج فيه الى القضاء لانه
طلاق (لا) يشترط (فى خيار العتق) فان المعتقة اذا اختارت الفرقة بخيار العتق يبطل النكاح
ولايتوقف على قضاء القاضى لانه لدفع ضرر جلى وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا
يختص بالانثى ولايشترط علم الزوج باختيارها نفسها ولا حضوره وقيل لايصح بلا حضوره (فان مات
احدهما قبل التفريق) بالفسخ (ورثه الاخر بلغا او لا) لان النكاح صحيح والملك به ثابت فاذا مات
احدهما فقد انتهى النكاح سواء مات قبل البلوغ او بعد البلوغ لان فرقة بينهما لا تقع الا بقضاء
القاضى فيتوارثان ويجب المهر كله وان مات قبل الدخول كما فى التبيين وفى المحيط وان مات احدهما
قبل التفريق ورثه الاخر لقيام الزوجية وهذه الفرقة بغير طلاق ولا مهر عليه ان لم يدخل بها وان كان
دخل بها فلها المهر المسمى انتهى وقال المولى يعقوب باشا وبينهما مخالفة ظاهرة والاقرب ما ذكره
الزيلعى انتهى لكن فيه كلام لانه لا مخالفة بينهما لان قول المحيط ولا مهر ان لم يدخل بها ابتداء حكم

لاتعلق له بالموت تدبر (والولى) فى النكاح لاالتصرف فى مال الصغير فانه للاب ثم لابيه ثم لوصيهما
ثم وثم والولى لغة المالك وشرعا وارث مكلف (هو العصبة) بنفسه (نسبا) وهو ذكر يتصل
بالميت بلا توسط انثى فخرج عن العصبة العصبة بغيره اومع الغير (او سببا) وهو مولى العتاقة ذكرا
اوانثى (على ترتيب الارث) يعنى اولاهم الجزء وان سفل ولكن لايتصور الا فى المعتوه والمعتوهة
ثم الاصل وان علا هذا عند الامام خلافا لهما فى المعتوه ثم جزء الاصل القريب كالاخ الا الاخ من الام
ثم بنيه وان سفلوا ثم عم ابيه ثم بنيه وان سفلوا ثم عم جده ثم بنيه الراجح فالراجح والرجحان بقوة القرابة فيقدم
الاعيانى على العلاتى ثم مولى العتاقة ثم عصبته ولو قال على ترتيب الارث والحجب لكان اولى لانه بترتيب
الارث وحده لايتقدم الابن على الاب بل يقدم الاب بان يأخذ فرضه اولا ثم يأخذ الابن ما بقى منه واما
اذا اعتبر معه ترتيب الحجب يقدم الابن على الاب لانه يحجب حجب نقصان كما فى الاصلاح (وابن
المجنونة مقدم على ابيها) عند الشيخين (خلافا لمحمد) وعن ابى يوسف الولاية لهما ايهما زوج
صح وعند الاجتماع يقدم الاب احتراما له (ولا ولاية لعبد) ولو كان مكاتبا الا فى تزويج امته (ولا صغير
ولا مجنون) على احد لانهم لا ولاية لهم على انفسهم فكذا على غيرهم (ولا كافر على ولده المسلم)
دون ولده الكافر لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لاتقبل شهادته
عليه ولايتوارثان وكذا لا ولاية لمسلم على كافرة الا ان يكون المسلم سيدا لامة كافرة او سلطانا كما فى التبيين
(وان لم يكن) اى ان لم يوجد (عصبة) نسبية او سببية (فللام) مع ما عطف عليه خبر
مقدم لقوله الاتى التزويج (ثم للاخت للابوين ثم للاخت لاب) وقال شيخ الاسلام ان الاخت لابوين
اولاب اولى من الام كما فى المحيط وفى المنية ان ام الاب اولى من الام (ثم لولد الام) ذكرا كان او انثى (ثم لذوى
الارحام) والرحم القرابة ليس بذى سهم وعصبة وفى الاصل وعاء الولد (الاقرب) اى يقدم الاقرب
(فالاقرب) وفى الاصلاح قال فى الخلاصة نقلا عن شرح الشافى الاقرب من ذوى الارحام الام
ثم البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم الاخت لاب وام ثم لاب ثم لام ثم اولادهن ثم العمات
ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام والجد الفاسد اولى من الاخت عند الامام فيفتى بما ذكر فى الشافى
لان الام مقدمة على الاخت ومن هنا تبين ان المراد من ذى الرحم غير المراد منه فى الفرائض وان من قال
ثم الام ثم الاخت لاب وام لم يصب انتهى لكن المعتبر على ما فى اكثر المتون ترتيب الارث على ما فى الفرائض
فكلام الخلاصة مشعر بالخلاف فلم يلزم عدم الاصابة تدبر (التزويج عند الامام) وهو استحسان
لان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة
(خلافا لمحمد) لقوله عليه الصلاة والسلام الانكاح الى العصبات (وابو يوسف مع محمد فى الاشهر)
وفى الاصلاح وقول ابى يوسف مضطرب ذكر الطحاوى قوله مع الامام وذكر الكرخى والقدورى قوله
مع محمد والاصح انه مع الامام وفى القهستانى وعندهما وفى رواية عن الامام لا ولاية لغير العصبات
وعليه الفتوى كما فى المضمرات لكن هو غريب لمخالفته المتون الموضوعة لبيان الفتوى كما فى البحر
(ثم لمولى الموالات) اى من عاهد انسانا على انه ان جنى فارشه عليه وان مات فارثه له ولو امرأتين
وهذا عند الامام وقالا انه ليس بولى كما فى القهستانى (ثم لقاض) كتب السلطان (فى منشوره)
اى مكتوب به (ذلك) اى تزويج الصغار لانه يصير به نائبا عن السلطان وقال صلى الله تعالى عليه وسلم
السلطان ولى من لا ولى له وفيه اشارة الى ان ولاية السلطان قبل القاضى وليس للوصى ان يزوج
مطلقا وروى هشام عن الامام ان اوصى اليه الاب جاز لكن الاول هو الصحيح اما اذا كان الوصى
عين رجلا فى حياته فزوجها الوصى به جاز كما لو وكل فى حياته تزويجها كما فى الفتح (وللابعد)
اى للولى الابعد (التزويج) خلافا لزفر وقال الشافعى يزوجها السلطان لا الابعد (اذا كان
الاقرب غائبا) غيبة حقيقية او حكمية كما اذا عضل الولى الاقرب الصغير والصغيرة عن تزويجهما

فيزوجها القاضي لكن تزويجه هنا نيابة عن العاضل باذن الشرع لا بغيره لان العاضل ظالم بالمنع وللقاضي كف ايدي الظلمة وفي الخلاصة واجمعوا ان الولي الاقرب اذا عضل تنتقل الولاية الى الابعد فلذا قلنا انه نائب باذن الشرع كما في فيض الكركي والمراد من الغيبة الغيبة المنقطعة (بحيث لا ينتظر الكفؤ الخاطب جوابه) اي جواب الاقرب فلو انتظره الخاطب لم ينكح الابعد وهذا اختيار اكثر المشايخ كما في النهاية وفي الهداية وهو اقرب الى الفقه وفي المجتبى والمبسوط والذخيرة هو الاصح وعليه الفتوى كما في الحقايق لان الكفؤ لا يتفق كل الوقت وعن هذا قال في الخانية حتى لو كان مختفيا في البلد ولا يوقف عليه تكون غيبة منقطعة (وقيل مسافة السفر) اي ثلثة ايام وهو قول اكثر المتأخرين وعليه الفتوى كما في التبيين والولوالجي (وقيل بحيث لا تصل القوافل اليه في السنة الا مرة) وهو اختيار القدوري واختيار اكثر المشايخ مسيرة شهر لانه اعدل الاقاويل كما في التجنيس وهو مروي عن الامامين وهنالك اقوال اخر لكنها ضعيفة فلهذا تركه المصنف (ولا يبطل) تزويج الابعد مع غيبة الاقرب (بعوده) اي بعود الاقرب لان عقده صدر عن ولاية تامة خلافا لزفر (ولو زوجها وليان متساويان) في المرتبة كالاخوين مثلا (فالعبرة للاسبق) لوجود العقد من ولي قريب بلا معارض (وان كانا معا بطلا) لتعذر الجمع وعدم الاولوية وكذا لا يجوز ان كان احدهما قبل الاخر ولا يدرى السابق من اللاحق (ويصح كون المرأة وكيلة في النكاح) كما يصح ان تكون اصيلة

﴿فصل﴾ في الكفاءة

(تعتبر الكفاءة) بالفتح والمد مصدر الكفؤ بمعنى النظير والمراد هنا المماثلة بين الزوجين في خصوص امور وانما اعتبر من جانب الرجل لان المرأة تعير باستفراش من دونها بخلاف الرجل لانه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش هذا عند الكل في الصحيح وفي الظهيرية الكفاءة في النساء للرجال غير معتبرة عند الامام خلافا لهما واعلم ان الكفاءة حق الولي لا حق المرأة فلو زوجت نفسها من رجل ولم يعلم انه عبد او حر فاذا هو عبد مأذون في النكاح فلا خيار لها كما في البحر ولو زوجها الولي برضاها ولم يعلم بعدم الكفاءة ثم علم لا خيار له هذا اذا لم يشترط بالكفاءة اما اذا اشترط او عقد على انه حر فاذا هو عبد مأذون فله الخيار (في) وقت (النكاح) لانه لو زال بعده كفوئيته لها بان صار فاسقا مثلا لا يفسخ النكاح وانما اعتبر الكفاءة فيه كما في الظهيرية ولهذا قدرنا الوقت ثم تعتبر في العرب (نسبا) اي من جهة النسب لانه به يقع التفاخر وقال سفيان الثوري لا تعتبر الكفاءة فيه لقوله عليه الصلاة والسلام الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى (فقريش) هو من ولد نضر بن كنانة (بعضهم اكفاء بعض) ولا يعتبر التفاضل فيما بينهم ولهذا زوج النبي صلى الله تعالى عليه وسلم بنته من عثمان رضي الله تعالى عنه وهو اموي لا هاشمي وزوج علي رضي الله تعالى عنه وهو هاشمي بنت فاطمة ام كلثوم بعمر رضي الله تعالى عنه وهو قريشي عدوي (وغيرهم) اي غير القريشي (من العرب ليس كفؤا لهم) لانهم اشرف العرب نسبا وفي المضمرات ولا يكون العالم ولا الوجيه كالسلطان كفؤ العلوية وهو الاصح لكن في المحيط وغيره وان العالم كفؤ للعلوية اذ شرف العلم فوق النسب ولذا قيل ان عايشة الصديقة رضي الله تعالى عنها افضل من فاطمة رضي الله تعالى عنها كما في القهستاني (بل بعضهم) اي بعض العرب (اكفاء بعض) لتساويهم فلا يكون العجم كفؤا لهم الا ان يكون عالما او وجيها كما في المضمرات (وبنو باهلة) في الاصل اسم امرأة من همدان والتأنيث للقبيلة سواء كان في الاصل اسم رجل او اسم امرأة (ليسوا كفؤ غيرهم من العرب) وفي شرح الجامع الصغير وغيره والعرب بعضهم اكفاء بعض الا بنو باهلة فانهم لخساستهم لا يكونون كفوا لعامة العرب لانهم كانوا ياكلون بقية الطعام مرة ثانية وكانوا يأخذون عظام الميتة يطبخون بها ويأخذون دسوماتها كما قيل لكن في الفتح هذا لا يخلو

من نظر فان النص لم يفصل مع ان النبي عليه الصلاة والسلام اعلم بقبائل العرب واخلاقهم وقد اطلق وليس كل باهلى كذلك بل فيهم الاجواد وكون فصيلة منهم او بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسرى فى حق الكل وقال فى البحر بعد نقله فالحق الاطلاق تأمل (وتعتبر) الكفاءة (فى العجم) اى غير العرب (اسلاما) اى من جهة اسلام اب وجد اذبه تفاخرهم لا بالنسب لانهم ضيعوا انسابهم (وحرية) اى من جهة الاصل لان الرق عيب لانه اثر الكفر فتعتبر الحرية (فمسلم اوحر) تفريع لما قبله (ابوه كافر) صفة جرت على غير من هى له (اورقيق غير كفؤ لمن لها اب فى الاسلام اوالحرية) لعدم المساواة واتفقوا ان الاسلام لا يكون معتبرا فى حق العرب لانهم لا يتفاخرون به وانما يتفاخرون بالنسب وفى المجتبى معتقة الشريف لا يكافيها معتق الوضيع وفى التجنيس لوكان ابوها معتقا وامها حرة الاصل لا يكافيها المعتق ثم قال معتق النبطى لا يكون كفؤا لمعتق الهاشمى (ومن له اب فيه) اى فى الاسلام (اوفيها) اى فى الحرية (غير كفؤ لمن لها ابوان) فيه اوفيها لان التعريف لا يحصل الا بذكر الجد (خلافا لابى يوسف) يعنى من كان له اب مسلم اوحر يكون كفؤا لمن يكون ابوه وجده مسلمين اوحرين الحاقا للواحد بالاثنين كما هو مذهبه فى تعريف الشاهدين (ومن له ابوان كفؤ لمن لها آباء) لان ما فوق الجد لا يعرف غالبا والتعريف غير لازم فلا يشترط (وتعتبر) الكفاءة (ديانة) اى صلاحا وحسبا وتقوى كما فى اكثر الكتب وفى الكرمانى وعدالة عند الشيخين وهو الصحيح لانه من اعلى المفاخر كما فى الهداية وقوله هو الصحيح اى اقتران قول الشيخين فانه روى عن الامام انه مع محمد ورجحه السرخسى وقال الصحيح من مذهب الامام ان الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة وقيل هو احتراز عن رواية اخرى عن ابى يوسف انه لم تعتبر الكفاءة اذا كان الفاسق ذا مروءة كاعونة السلطان وكذا عنه ان كان يشرب المسكر سرا ولا يخرج وهو سكران يكون كفؤا والا لا وحينئذ الاولى ان يكون قوله هو الصحيح احترازا عما روى عن كل منهما انه لا تعتبر والمعنى هو الصحيح من قول كل منهما كما فى الفتح (خلافا لمحمد) لان التقوى من امور الاخرة فلا يفوت النكاح بفواتها الا اذا كان مستخفا به يخرج سكرانا ويلعب به الصبيان كما فى اكثر المعتبرات لكن فى الفتح وفى حاشية المولى سعدى افندى كلام فليطالع وفى المحيط الفتوى على قول محمد لكن الافتاء بما فى المتون اولى كما فى البحر (فليس فاسق كفؤا لبنت صالح) هذا بناء على ان اكثر بنات الصالحين صالحات والا فيجوز ان يكون بنته فاسقة فتكون كفؤا لفاسق كما فى اكثر الكتب والعبارة الظاهرة ما اختاره ابن الساعاتى وهى ان الفاسق لا تكون كفؤا للصالحة (وان) وصلية (لم يعلن) الفاسق (فى اختيار الفضلى وتعتبر) الكفاءة (مالا) بان يملك من المهر ما تعارفوا تعجيله لانه بدل البضع وبان يكسب نفقة كل يوم وما يحتاج اليه من الكسوة لان بذلك يتم الازدواج وقيل يعتبر ان يكون عند العقد مالك النفقة شهر وقيل النفقة ستة اشهر وقيل النفقة سنة وفى الذخيرة ولو كانت الزوجة صغيرة لا تطيق الجماع فهو كفؤ وان لم يقدر على النفقة وكذا لو كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه يكون كفؤا لها كما فى الشمنى (فالعاجز عن المهر المعجل اوالنفقة غير كفؤ للفقيرة) فللغنية بالطريق الاولى فى ظاهر الرواية لان المهر عوض بضعها فلا بد من تسليمه والنفقة تندفع بها حاجتها فلا بد منها وعن ابى يوسف انه لو قدر على النفقة دون المهر يكون كفؤا لان المساهلة تجرى فى المهر ويعد الابن قادرا بيسار ابيه والآباء يتحملون المهر عن الابناء عادة ولا يتحملون النفقة الدارة ولو قال غير كفؤ لاحد لكان اشمل الا ان يقال الدفع من توهم انه يكون كفؤا لها كما فى شرح الوقاية وفى المضمرات ان كان علويا اوعالما غير قادر على مهر المثل يكون كفؤا للصغيرة الغنية (والقادرة عليهما) اى المهر والنفقة (كفؤ لذات اموال عظام عند ابى يوسف) وهو الصحيح كما فى اكثر المعتبرات لان المال غاد ورائح فلا عبرة لكثرته مع ان الكثرة فى الاصل مذموم قال صلى الله تعالى عليه وسلم هلك المكثرون الا من قال بماله هكذا

وهكذا يعنى تصدق به (خلافا لهما) لان الناس يفتخرون بالغناء ويعيرون بالفقر قالت عائشة رضى الله تعالى عنها رأيت ذا الغناء مهيبا وذا الفقر مهينا (وتعتبر) الكفاءة (حرفة) هى اسم من الاحتراف اى الاكتساب (عندهما) فى اظهر الروايتين وعن ابى يوسف انها لا تعتبر ان تفحش كالحجام والحائك والدباغ (وعن الامام روايتان) فى رواية لاتعتبر وهو الظاهر لان الحرفة ليست بلازمة والتحول ممكن من الدنية الى الشريفة وفى رواية تعتبر لان الناس يفتخرون بشريف الصناعة و يعيرون بخسيسها (فحائك اوحجام اوكناس اودباغ) او بيطار اوحداد اوخفاف واخس من كلهم خادم الظلمة وان كان ذا مال كثير لانه من آكلى دماء الناس واموالهم كما فى المحيط (غير كفوء لعطار او بزاز اوصراف) تفريع على اعتبار الكفاءة حرفة فالعطار والبزاز كفوءان (وبه) اى باعتبار الحرفة (يفتى) كما فى اكثر المعتبرات وفى القهستانى ان المرض لم يسلب الكفاءة فالمريض كفوء للصحيحة والمجنون للعاقلة وكذا القروية فالقروى كفوء للبلدية (ولو زوجت المرأة (غير كفوء فللولى ان يفرق) وهذه المسئلة قد ذكرت لكن ذكرها هنا لتمهيد المسئلة التى تليها وهى قوله (وكذا لو نقصت عن مهر مثلها له) اى للولى (ان يفرق ان لم يتم) مهر مثلها (خلافا لهما) اى فلا اعتراض عليها لان المهر حقها ولذا كان لها ان تهبه فلان تنقصه اولى وله ان المهر الى عشر دراهم حق الشرع فلا يجوز التنقيص منه شرعا وان مهر مثلها حق الاولياء لانهم يعيرون بذلك فيقدرون على مخاصمتها الى اتمامه والاستيفاء حقها ان شاءت قبضته وان شاءت وهبته (وقبضه) اى الولى (المهر او تجهيزه او طلبه بالنفقة رضاء) دلالة فليس له الاعتراض بعده وفى البحر وتصديق الولى بانه كفوء لا يسقط حق من انكر لانه ينكر سبب الوجوب وانكار سبب وجوب الشئ لا يكون اسقاطا له (لا سكوته) لان السكوت عن المطالبة محتمل فلا يجعل رضاء الا فى مواضع مخصوصة (وان رضى احد الاولياء) المتساوين فى القرب (فليس لغيره الاعتراض) الا ان يكون اقرب كما تقدم وقال ابو يوسف للباقى الاعتراض مطلقا وقال شرف الائمة لاحد الاولياء المستوين فى الدرجة ان ينفرد بالاعتراض اذا سكت الباقون

﴿ فصل ﴾ فى تزويج الفضولى وغيره

(ووقف) اى جعل موقوفا (تزويج فضولى) من احد الجانبين وهو من لم يكن وليا ولا اصيلا ولا وكيلا (او فضوليين) من الجانبين (على الاجازة) اى اجازة من له العقد بالقول او الفعل فان اجاز ينفذ والا لا وعند الشافعى باطل وان اجاز (ويتولى طرفى النكاح) وهما الايجاب والقبول بكلام اوكلامين (واحد) خلافا لزفر (بان كان وليا من الجانبين) كمن زوج ابنة اخيه بابن اخ آخر (او وكيلا منهما) كمن وكله رجل بالتزويج ووكلته امرأة به ايضا (او وليا واصيلا) كابن عم يزوج بنفسه من بنت عمه الصغيرة (او وليا ووكيلا) كابن عم يزوج بنت عمه الصغيرة من موكله (او وكيلا واصيلا) كمن يزوج من موكلته نفسه (ولا يتولاهما) اى طرفى النكاح (فضولى ولو من جانب) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) اى للواحد الفضولى ان يعقد للطرفين و يتوقف عقده على اجازتهما مثلا اذا قال زوجت فلانة من فلان فلم يقبل عن الآخر قابل اوقال الرجل تزوجت فلانة اوقالت زوجت نفسى فلانا فلم يقبل عن الاخر احد يتم و يتوقف على اجازتهما لان الواحد يصلح عاقدا من الجانبين اذا كان بامره فكذا اذا كان بغير امره اذ الواحد يصلح سفيرا عن الجانبين اذ لا يلزم التنافى لعود الحقوق الى من عقد له ولهما ان هذا شطر عقد فلم يتوقف على ماوراء المجلس كبيع اذ التوقف انما يكون بعد تمام العقد بخلاف المأمور قيل الخلاف فيما اذا تكلم بكلام واحد اما باثنين فينعقد موقوفا بلا خلاف كما اذا كان النكاح من الفضوليين كما فى النهاية وغيرها لكن فى الفتح كلام فليطالع (ولو امره ان يزوجه امرأة فزوجه امة) اى امة غيره لانه لو زوج امة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة ولهذا لو وكل امرأة فزوجته نفسها او وكلت رجلا فزوجها من نفسه لا يجوز وكذا اذا زوج وكيل الرجل

بنته او بنت ولده او بنت اخيه وهو وليها لايجوز للتهمة وفي الخانية ولو زوجه الوكيل اخته جاز
(لايصح عندهما) وعند الائمة الثلثة ولو كان الآمر اميرا (وهو الاستحسان) لان المطلق يتقيد
بالعرف وهو التزويج بالاكفاء (وعند الامام يصح) لان العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح
مقيدا وفي البزازية امره ان يزوجه سوداء فزوجه بيضاء او على العكس لايصح ولو عمياء فزوجه
بصيرة يصح ولو امة فزوجه حرة لا وكذا لو وكلته ان يزوجها من قبيلة فزوجها من اخرى ولو امره
ان يزوجه امرأة فزوجه صغيرة جاز وعندهما لا الا اذا كان لايجامع مثلها كالرتقاء وفيه اجماع
وقيل الجواز في الصغيرة قول الكل ولو زوجه عمياء او مقطوعة اليدين او الرجلين او مفلوجة او
مجنونة جاز عنده خلافا لهما ولو زوجه عوراء او مقطوعة احدى اليدين او الرجلين جاز اجماعا
ولو وكله ان يزوجها منه غدا بعد الظهر فزوجه قبل الظهر او بعد الغد لا وكذا لو وكل بنكاح
فاسد فنكح صحيحا ولو قال هب لفلان فقال وهبت فالم يقل الوكيل قبلت لايصح لان الوكيل لايلي
التوكيل واذا قال قبلت انعقد للموكل وان لم يقل لفلان لان الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال
فعلى هذا قال وليها او وكيلها زوجت فلانة من فلان فقال وكيله او وليه قبلت يقع للولي والمواكل
وان لم يضف اليهما لان الجواب يقتضي اعادة ما في السؤال (ولو زوجه امرأتين في عقدة) واحدة
(لايلزم واحدة منهما) فلا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احديهما غير عين للجهالة
ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق عند عدم الاجازة ولو قال لاينفذ لكان اولى لان له
ان يجيز نكاحهما او نكاح احديهما ايتهما شاء غير انه لاينفذ بغير رضاه فقول صاحب الهداية
فتعين التفريق مستقيم لان تعينه عند عدم الرضاء فلا وجه لقول من قال انه غير مستقيم تدبر
ولو زوجه بعقدين فالاول صحيح دون الثاني ولو عين امرأة فزوجها مع اخرى لزمت المعينة (ولو زوج
الاب او الجد الصغير او الصغيرة بغبن فاحش في المهر) بان زوج البنت ونقص من مهرها
اوزوج ابنه وزاد على مهر امرأته (او من غير كفؤ) بان زوج ابنه امة اوزوج بنته عبدا (جاز)
عند الامام لوجود الشفقة (خلافا لهما) لفوات النظر والولاية مقيدة به هذا اذا لم يعرف بسوء
الاختيار اما لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا كان العقد باطلا اتفاقا على الصحيح
كما في الفتح (وليس ذلك) اي تزويجهما بالغبن وغير الكفؤ (لغير الاب والجد) وفي التلويح ولو
زوجهما غير الاب والجد من غير كفؤ او بغبن فاحش لم يصح اصلا فعلى هذا قال في الاصلاح
ومن وهم انه يصح لكن يثبت حق الفسخ فقد وهم انتهى لكن في الجواهر ويصح تزويج
غيرهما بغبن فاحش كما قال بعضهم وفي الجوامع وبغير كفؤ على ما قال بعضهم والصحيح انه لايجوز
وهذا يدل على وجود الرواية لا على عدمها كما لايخفى فلا وجه لرد صاحب الاصلاح وكذا قول
صاحب التلويح لم يصح اصلا تدبر

﴿باب المهر﴾

هو حكم العقد فان المهر يجب
بالعقد او بالتسمية فكان حكما له فيعقبه وله اسام المهر والنحلة والصداق والعقر والعطية
والفريضة والاجرة والصدقة والعلايق (يصح النكاح بلا ذكره) اجماعا لان النكاح عقد ازدواج
وذلك يتم بالزوجين والمال ليس بمقصود اصلي فلا يشترط فيه ذكره (و) كذا (مع نفيه) اي
يصح النكاح مع نفي المهر ويكون النفي لغوا خلافا لمالك (واقله عشرة دراهم) وزن سبعة
مثاقيل وان لم تكن مسكوكة بل تبرا وانما اشترط المسكوكة في نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود
الحد وانتظم كلامه بالدين والعين فلو تزوجها على عشرة دين له على فلان صحت التسمية لان
الدين مال فان شاءت اخذته من الزوج او ممن عليه الدين كما في البحر وقال مالك ربع دينارا وثلثة
دراهم وعند الشافعي كل ما يجوز اخذ العوض عنه يصلح مهرا فتعليم القرآن وطلاق امرأة
اخرى والعفو عن القصاص يصلح مهرا عنده لنا قوله صلى الله تعالى عليه وسلم لامهر اقل

من عشرة دراهم وهو وان كان ضعيفا فقد تعددت طرقه والضعيف اذا روى من طرق يصير حسنا اذا كان ضعفه بغير الفسق ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيقدر بماله خطر وهو العشرة ومادل على مادونها يحمل على المعجل وفى الخانية اوتزوجها على الف درهم من نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها كان على الزوج قيمة تلك الدراهم يوم كسدت هو المختار (فلو سمى دونها) اى العشرة (لزمت العشرة) لحق الشرع كما بيناه وعند الثلثة لاتجب العشرة وقال زفر التسمية فاسدة ولها مهر مثلها (وان سماها) اى العشرة (او اكثر منها لزم المسمى بالدخول) لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل (او موت احدهما) اى الزوج والزوجة فان الموت كالوطئ فى حكم المهر والعدة لاغير (و) لزم (نصفه) اى المسمى (بالطلاق قبل الدخول و) قبل (الخلوة الصحيحة) لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية وهذا الحكم غير مخصوص بالطلاق بل يعم الفرقة من قبل الزوج بسبب محظور كالردة والاباء عن الاسلام وتقبيل ابنتها بشهوة وانما لم يذكر الخلوة الصحيحة فى المسئلة الاولى بعد قوله بالدخول لارادة الدخول حقيقة اوحكما فعلى هذا ينبغى ان لايذكر فى الثانية وفى الكافى قال محمد او اذهب عذرتها دفعا ثم طلقها قبل الدخول بها والخلوة يكمل المهر لانه يعمل عمل الوطئ فيتأكد به المهر وعندهما يتنصف بالنص لانه طلاق قبل الدخول ولو دفعها اجنبى فزالت عذرتها وطلقت قبل الدخول والخلوة وجب نصف المسمى على الزوج وعلى الاجنبى نصف صداق مثلها كما فى البحر (وان سكت عنه) اى المهر (اونفاه) بان عقد على ان لامهر لها (لزم مهر المثل بالدخول اوالموت) اذا لم يتراضيا على شئ مايصلح مهرا والا فذلك الشئ هو الواجب لان وجوب المهر ثبت بالشرع ولايتوقف على التسمية وعند الشافعى فى قول لايجب مهر المثل فى الموت (و) لزم (بالطلاق قبل الدخول والخلوة) الصحيحة (متعة) اى تجب متعة اذا لم يسم لها مهرا اونفاه وحصلت الفرقة من جهة الزوج اما اذا حصلت من جهة المرأة كردتها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة وارضاعها زوجته الصغيرة وخيارها الفسخ بالبلوغ والاعتاق فلا (معتبرة بحاله) لابحالها (فى الصحيح) لقوله تعالى وعلى الموسع قدره الاية كما فى الهداية وغيرها هذا احتراز عن قول الكرخى فانه قال هذا فى المتعة المستحبة اما فى المتعة الواجبة يعتبر حالها لانها خلف عن مهر المثل وفى مهر المثل المعتبر حالها فكذا خلفه كما فى المحيط وفى المضمرات هذا اصح وقال الخصاف يعتبر حالهما وفى التبيين وهذا القول اشبه بالفقه كما قلنا فى النفقة لانها لو اعتبرت بحاله وحده لسوينا بين الشريفة والوضيعة فى المتعة وذلك غير معروف بين الناس بل هو منكر وعليه الفتوى كما فى البحر نقلا عن الولوالجى وعند الثلثة المتعة مايقدره الحاكم (لاتنقص) المتعة (عن خمسة دراهم) ان كان الزوج فقيرا الا عند الشافعى تنقص كما تزاد (ولاتزاد على نصف مهر المثل) لو كان غنيا اى ان كانت قيمتها اكثر من نصف مهر المثل لها نصف مهر المثل الا فى قول للشافعى يزاد عليه وان كانا سواء فالواجب المتعة لانها الفريضة بالكتاب العزيز كما فى الفتح (وهى) اى المتعة (درع) بكسر الدال وسكون الراء قميص المرأة وفى المغرب ماتلبسه المرأة فوق القميص (وخمار) بكسر الخاء المعجمة ماتخمر به الرأس اى تغطى (وملحفة) بكسر الميم مايلحف به من قرنها الى قدمها وهذا التقدير مأثور عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قالوا هذا فى ديارهم واما فى سائر ديارنا يلبس اكثر من ثلثة فزيد على ذلك ازار ومكعب فان كانت من السفلة فمن الكرباس ومن الوسطى فمن القز ومن تقعة الحال فمن الابريسم وفى التتف افضل المتعة خادم (وكذا الحكم) اى يجب مهر المثل او المتعة (لو تزوجها بخمر او خنزير) لانهما ليسا بمال فى حق المسلم كما فى الهداية او مال غير متقوم كما فى البدايع فوجب مهر المثل وفى المحيط او سمى بها عشرة دراهم ورطلا من خمر فلها المسمى ولايكمل مهر المثل (او) تزوجها (بهذا الدن

من الخل فاذا هو خمر) عند الامام لان الاشارة ابلغ فى التعريف من التسمية فصار كانه تزوجها على الخمر (خلافا لهما) لانهما اوجبا مثل وزنه خلا وسطا لانه المسمى والعقد يتعلق بالمسمى (او) تزوجها (بهذا العبد فاذا هو حر) يجب مهر المثل عند الامام لما مر (خلافا لابى يوسف) فانه قال يجب فيه مثل قيمته عبدا لانه اطمعها فى مال و قد عجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله كما اذا تزوجها على عبد الغير ووافق محمد الامام فى هذه المسئلة وابا يوسف فى الخمر وتحقيقه فى شرح الهداية وغيرها فليراجع (او) تزوجها (بثوب او بدابة) او بدار (لم يبين جنسهما) من القطن والكتان او من الخيل و الحمير مثلا لم يصح ويجب مهر المثل بالغا ما بلغ لان بجهالة الجنس لا يعرف الوسط لانه انما يتحقق فى الافراد المتماثلة وذلك باتحاد النوع بخلاف الحيوان الذى تحت الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذى تحت القطن والكتان والحرير واختلاف الصنعة ايضا والدار التى تحتها ما تختلف اختلافا فاحشا بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة افحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل اولى وان عينه بان قال عبد امة فرس حمار بيت صحت التسمية وان لم يصفه وينصرف الى بيت وسط من ذلك و كذا باقيها هذا فى عرفهم اما البيت فى عرفنا فليس خاصا بما يبات فيه بل يقال لمجموع المنزل و الدار فينبغى بتسميته مهر المثل كالدار وتجبر على قبول قيمته لو اتاها بها كما فى الفتح و فيه اشعار بجواز اطلاق الجنس عند الفقهاء على الامر العام سواء كان جنسا عند الفلاسفة او نوعا فينبغى ان لا يلتفت اهل الشرع الى ما اصطلح الفلاسفة عليه كما فى الكشف (او) تزوجها (بتعليم القرأن) لانه ليس بمال (او بخدمة الزوج الحر لها سنة) لان الخدمة ليست بمال لما فيه من قلب الموضوع فيجب مهر المثل عند الشيخين واطلق فى الخدمة فشمل رعى غنمها وزراعة ارضها و هو رواية الاصل كما فى الخانية وفى المبسوط فيه روايتان و فى المعراج ان لا يصح رواية الاصل و الصواب ان يسلمه لها اجماعا استدلالا بقصة موسى وشعيب عليهما السلام فان شريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله تعالى ورسوله بلا انكار كما فى الكافى ولو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح انها تستحق قيمة خدمته (وعند محمد لها قيمة الخدمة) لانها مال كما فى العبد الا انه عجز عن التسليم للمناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير (وكذا يجب مهر المثل فى) النكاح (الشغار) بكسر الشين و بالغين المعجمتين قيل مأخوذ من شغر البلد شغورا اذا خلا من حافظ يمنعه (وهو) ههنا (ان يزوجه بنته) او اخته الاخر (على ان يزوجه) الاخر (بنته او اخته معاوضة بالعقدين) اى على ان يكون كل واحد من العقدين عوضا عن الاخر ولا مهر سوى ذلك وكان ذلك شايعا فى الجاهلية ثم بقى حكمه فى حق صحة العقد لكن التسمية فاسدة فيجب فيه مهر المثل عندنا وعند الثلثة لا يصح النكاح فيه (ولو تزوجها على خدمته لها سنة وهو عبد فلها الخدمة) لانه لما خدمها باذن المولى صار كانه يخدم مولاه حقيقة ولان خدمة العبد لزوجته ليست بحرام اذ ليس له شرف الحرية و هذه المسئلة قد فهمت مما سبق وهو قوله او بخدمة الزوج الحر فههنا صرح بها (فلو اعتق امته على ان تتزوجها) فقبلت ولم يسم لها مهرا (فعتقها صداقها عند ابى يوسف) لانه عليه الصلاة والسلام اعتق صفية ثم تزوجها وجعل صداقها عتقها (وعندهما لها مهر المثل) لبطلان تسمية ما ليس بمال (ولو ابت) اى الامة المذكورة بعد عتقها (عن تزوجه) اى المولى نفسها (فعليها قيمتها له) اى فعلى الامة ان تسعى قيمة نفسها لمولاها (اجماعا) وقال زفر لا سعاية عليها لانها انما التزمت النكاح لا المال فلا وجه لايجاب ما لم تلتزمه ولنا انها شرطت للمولى منفعة بمقابلة عتقها فلما فات عنه المنفعة كان عليه ان ينقض العتق لكنه بعد وقوعه لا ينقض فوجب نقضه معنى بالزام السعاية عليها ولا تجبر على النكاح اتفاقا لانها حرة (والمفوضة) وهى بكسر الواو من فوضت امرها الى وليها وزوجها بلا مهر و بفتحها من فوضها

وليها الى الزوج بلا مهر ثم تراضيا على مقدار (ما فرض لها بعد العقد ان دخل بها او مات) عنها زوجها كذا فى اكثر المتون والشروح وقال يعقوب باشا لكن الظاهر ان المسئلة على حالها فى موتها ايضا كما صرح به فى بعض الكتب ويمكن ان يجاب عنه بكون مطمح النظر فى هذا الباب بيان ما يجب لها عليه لا بيان نصيب ورثتها من مهرها تدبر وكذا اذا فرضه الحاكم بعد العقد قام مقام فرضهما (والمتعة ان طلق قبل الدخول) ولا يتنصف لان السبب مخصوص بالمفروض فى العقد بالنص وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم والمفروض بعده ليس فى معناه (وعند ابى يوسف) فى قوله الاول كما صرح فى اكثر المعتبرات فالاولى ان يقول وعن ابى يوسف كما لا يخفى (لها نصف ما فرض) بعد العقد وهو قول الشافعى لانه صار مفروضا فيتناوله النص (وان زاد) الزوج (فى مهرها بعد العقد لزمت) اى وجبت الزيادة على الزوج لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة وقد تراضيا بالزيادة خلافا لزفر فانه يقول هى هبة مبتدأة ان قبضتها صحت والا فلا وهو قول الشافعى (وتسقط) اى تلك الزيادة (بالطلاق قبل الدخول) عند الطرفين لان كل ما لم يسم بالعقد يبطله الطلاق قبل الدخول (وعند ابى يوسف) فى قوله المرجوع اليه وهو قول الائمة الثلثة (تتنصف) الزيادة (ايضا) لانها من جملة ما فرض وقد قال الله تعالى فنصف ما فرضتم (وان حطت عنه من المهر) اى ان حطت المرأة مهرها المعقود عليه بعضا او كلا عن الزوج (صح) الحط لان المهر حقها والحط يلاقى حقها وان لم يقبل الزوج بخلاف الزيادة فانه لابد من قبولها فى المجلس لصحتها ولكن يرتد حطها برده (واذا خلا) الزوج (بها بلا مانع من الوطئ حسا) اى منعا حسيا (او شرعا او طبعا) فالمانع الحسى (كمرض) لاحدهما (يمنع الوطئ) سواء كان منعه حقيقة او حكما كما اذا كان يضره الوطئ وفى الخلاصة وغيرها هو الصحيح وقيل مرض الزوج مانع مطلقا واما مرضها فانما يمنع اذا كان يضرها وفى التبيين وغيره هو الصحيح (ورتق) بفتحتين مصدر قولك رتقاء وهى التى لا يستطاع جماعها لارتاق ذلك الموضع فيها وكذا ما اذا كان احد الزوجين صغيرا كما فى الخانية وغيرها فكان هو المعتمد وكذا اذا كان معهما ثالث من احدهما او امرأة كذلك الا اذا كان الثالث صغيرا لا يعقل او مغمى عليه او مجنونا او اعمى او نائما كما فى القهستانى لكن فى الزيلعى ان الجوارى مطلقا لا تمنع صحة الخلوة وفى الخلاصة والمختار ان جاريتها لا تمنع كجاريته وعليه الفتوى كما فى البحر وكذا ما اذا كان المكان غير مأمون الاطلاع كالطريق الاعظم او المسجد او الحمام وقال الشداد يصح فيها فى الظلمة وفى الشمنى ولو خلا بها ومعهما اعمى او نائم لا تكون خلوة لان الاعمى يحس والنائم يستيقظ ويتناوم وفى الظهيرية ولو كان معهما نائم ان كان نهارا لا تصح وان ليلا تصح والكلب يمنع ان كان عقورا او للزوجة والا لا وفى البيت الغير المسقف تصح وكذا على سطح الدار ان كان عليه حجاب وفى محمل عليه قبة مضروبة ليلا او نهارا وهو يقدر على الوطئ فهو خلوة وفى بستان ليس عليه باب لا تصح وكذا فى الجبل والمفازة من غير خيمة (و) المانع الشرعى نحو (صوم رمضان واحرام فرض او نفل) لما فى افساد صوم رمضان كفارة وقضاء وفى افساد الاحرام دم (و) المانع الطبيعى (حيض او نفاس) من دم حقيقى او حكمى فيشمل الطهر المتخلل ولا ينافيه كونه مانعا شرعيا ايضا فلا يرد اعتراض البعض (لزمه تمام المهر) الا عند الشافعى فى قوله الجديد يجب نصف المهر وشرط مالك فى ايجاب الخلوة حكم الوطئ طول المقام معها وحد الطول بالعام وهو احد الموانع لا تمنع صحة الخلوة (ولو) وصلية (كان) الزوج (خصيا) هو منزوع البيضتين (او عنينا) هو كون الرجل لا يقدر على الجماع او على جماع البكر او على جماع امرأة معينة حتى لو جاءت بولد يثبت نسبه مطلقا (وكذا) يجب المهر التام بالخلوة (لو كان) الزوج (مجبوبا) اى مقطوع الذكر والانثيين فانه غير مانع عند الامام لان تزوجه

الاستمتاع لا الايلاج وقد سلمت نفسها لذلك فتستحق كل البدل (خلافا لهما) لانه يعجز من المريض
(وصوم القضاء غير مانع) لانه لا كفارة في افساده (في الاصح) قيد به لانه في بعض الرواية الصحيح
انه يمنع صحة الخلوة لانه فرض مطلقا (وكذا) لا يمنع (صوم النذر) والكفارات (في رواية)
وقيل يمنع والمذهب ماذكره لعدم الوجوب بالافساد وماوقع في الكنز وهو صوم فرض غير واقع
موقعه لان القائل بمنع الصوم يقول بمنعه مطلقا من غير تفصيل بين فرض ونفل والقائل بتخصيص
صوم رمضان اداء يخرج ماعداه من الصوم المفروض كالكفارات فقول الكنز ليس على قول
من الاقوال كما لا يخفى (وفرض الصلوة) التي شرع فيها احدهما (مانع) وفي الهداية والصلوة
بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله وفي الاختيار والسنن الرواتب لا تمنع الا ركعتي الفجر
والاربع قبل الظهر لشدة تأكدهما بالوعيد على تركهما (والعدة تجب بالخلوة ولو مع المانع) اى
وان لم تكن صحيحة (احتياطا) استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد لاجل النسب
فلا تصدق في ابطال حق الغير وفي الفتح وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب
العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة فكان
كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين بعدم الشغل وماقاله قال به التمرتاشي وقاضيخان ويؤيده
ماذكره العتابي الا ان الاوجه على هذا ان يخص الصغير بغير القادر والمرض بالمدنف لثبوت التمكن
حقيقة في غيرهما وفي البحر والمذهب وجوب العدة مطلقا اعلم ان اصحابنا اقاموا الخلوة الصحيحة
مقام الوطئ في بعض الاحكام تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى في مدة العدة وحرمة
نكاح اختها واربع سواها مادامت العدة قائمة ومراعاة وقت الطلاق في حقها وحرمة نكاح الامة
عليها في هذا العقد عن طلاق باين على قياس قول الامام ولم يقيموها مقام الوطئ في حق الاحصان
وحرمة البنات وحلها للاول والرجعة والميراث واما في حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان والاقرب
ان يقع (والمتعة واجبة لمطلقة قبل الدخول) او الخلوة الصحيحة (لم يسم لها مهر) لما مر انها
قائمة مقام نصف مهر المثل (ومستحبة لمطلقة بعد الدخول) سواء سمى لها مهرا ولا تعويضا
عن ايحاشها بالطلاق بعد الانس والالفة ولا تجب لانها خلف عن المهر او هي مستوفية له (وغير
مستحبة لمطلقة قبله) اى قبل الدخول وقال الشافعي تجب (سمى لها مهر) هذا على اختيار
القدوري ويوافقه ما في التحفة الا انه مخالف لما في المبسوط والحصر فانه صرح فيهما بالاستحباب
وذكر في مشكلات القدوري انها اربعة واجبة كما تقدم اراد به المتعة لمطلقة لم توطأ ولم يسم لها
مهر ومستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهر وسنة وهي التي طلقها بعد الدخول
وقد سمى لها مهر والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى
لها مهر لان نصف المهر قام في حقهن مقام المتعة كما في الاصلاح (ولو سمى لها الفا وقبضته
ثم وهبته له) اى للزوج (ثم طلقها قبل الدخول) بها (رجع عليها) الزوج الموهوب له
(بنصفه) لانه لم يصل اليه بالهبة عين مايستوجبه لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود
والفسوخ فصار كهبة مال آخر ولهذا لو سمى لها دراهم واشار اليها فان يحبسها ويدفع مثلها جنسا
ونوعا وقدرا وصفة ولا يلزمها رد عين ما اخذت بالطلاق قبل الدخول كما في المنح وعند الائمة الثلثة
لا يرجع بشئ كما لا يرجع في العين (وكذا كل مكيل وموزون) اى وكذا يرجع اذا كان المهر مكيلا
او موزونا او شيئا آخر في الذمة لعدم تعينهما واما المعين منه فكالعروض وان كان تبرا او نقرة ذهبا
او فضة فهي كالعروض في رواية فيجبر على تسليم المعين وفي رواية كالمضروب فلا يجبر كما في البحر
(ولو قبضت النصف) من المهر (ثم وهبت الكل او الباقي) في ذمته (لا يرجع) الزوج عليها
عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا يرجع عليها بنصف المقبوض اعتبارا للجزء بالكل وهبة البعض

حط فيلتحق باصل العقد وله ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا يرى ان الزيادة لا تلتحق حتى لا تتنصف كما في الهداية (ولو وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي رجع عليها الى تمام النصف) يعني اذا تزوجها مثلا على الف فوهبت له اربعمائة وقبضت ستمائة ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بمائة عند الامام (وعندهما بنصف المقبوض) ففيما صورناه يرجع عليها بثلثمائة (ولو لم تقبض شيئا) من المهر (فوهبته لا يرجع احدهما على الآخر وكذا) اي لا يرجع احدهما على الآخر استحسانا (لو كان المهر عرضا) اي عينا (فوهبته قبل القبض او بعده) وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل كما في الهداية وغيرها لكن ذكر في الجامع البرهاني انها ان وهبت قبل القبض لا يرجع بلا خلاف وبعد القبض فيه خلاف زفر فعلى هذا يكون قوله قبل القبض مستدركا الا ان يحمل على اختلاف الروايتين لكنه بعيد ههنا تأمل وقال في شرح عيون المذاهب ويرد على كلام زفر على ما اختاره المصنف وغيره ان القبض شرط في الهبة ففي صورة عدم القبض لا يتحقق الهبة فكيف يرجع انتهى لكن هذا ليس بوارد لان هبة المهر قبل القبض اسقاط والاسقاط لا يحتاج الى القبض مع ان مراد المصنف عدم قبض المرأة العين لا قبض الزوج الموهوب له حتى يرد السؤال تدبر (وان تزوجها بالف) من الدراهم مثلا (على ان لا يخرجها من البلد) اي بشرط عدم الاخراج من غير ترديد (او) تزوجها بالف (على ان لا يتزوج عليها) امرأة اخرى او على ان يهدي لها هدية (فان وفى) بما شرط (فلها الالف) لان المسمى صلح للمهر وقد تم رضاؤها به (والا) اي وان لم يف بما شرط (فمهر المثل) اذا كان مهر المثل اكثر من الالف كما في العناية لانه سمى لها ما فيه نفع وقد فات فيجب مهر المثل لعدم رضاها الا به (ولو تزوجها على الف ان اقام بها) اي بزوجته في بلدة معينة (وعلى الفين ان خرجها) من تلك البلدة (فان اقام بها فلها الالف والا) اي وان لم يقم (فمهر المثل) عند الامام لكن في الثانية (لا يزاد على الفين) ان زاد عليهما لانها رضيت به (ولا ينقص عن الف) ان نقص منه لانه رضي به وقال زفر الشرطان فاسدان فلها مهر المثل بكل حال (وعندهما لها الفان ان اخرجها) لانهما عقدان ببدلين معلومين فوجب تصحيحهما على وجه التخيير كما صح فيما اذا تزوجها على الف ان كانت قبيحة وعلى الفين ان كانت جميلة وله ان الشرط الاول صحيح باتفاق فتعلق العقد به وصحت التسمية التي معه والشرط الثاني غير صحيح لان الجهالة نشأت منه ولانه مناف لو وجب ما صح وهو شرط الاول لان موجبه مهر المثل عند عدم الايفاء ومناف موجب ما صح غير صحيح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ومهر المثل هو الاصل فوجب الرجوع اليه والفرق بين هذه وبين المسئلة المستشهدة ان الخطر في هذه دخل على التسمية الثانية لان الزوج لا يعرف هل يخرجها او لا ولا مخاطرة هناك لان المرأة على صفة واحدة لكن الزوج لا يعرفها وجهالته لا توجب خطرا كما في الغاية وغيرها لكن ان هذا منقوض بما اذا تزوجها على انها ان كانت حرة الاصل فعلى الفين وان كانت مولاة فعلى الف او تزوجها على الفين ان كانت له امرأة وعلى الف ان لم يكن له امرأة لانه لا مخاطرة فيهما ولكن لا يعرف الحال مع انهما خلافيتان ايضا كما صرحوا به وفي الفتح والاولى ان تجعل مسئلة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص في نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف لكن قال في البحر وهو ضعيف تأمل (ولو تزوجها بهذا العبد او بهذا العبد) على الابهام واحدهما اعلى قيمة من الآخر (فلها الاعلى ان كان) الاعلى (مثل مهر مثلها) رضائها به (او قل) عن مهر مثلها لرضائها بالحط الا ان ترضى المرأة بالادنى (والادنى) اي فلها

الادنى (ان كان) الادنى (مثله) اى مثل مهر المثل لرضائها به (او اكثر) منه لرضائهما بالزيادة الا ان يرضى الزوج الاعلى وفيه اشعار بان مهر المثل ان كان مساويا لاحد العبدين قيمة يجب العبد لانه المسمى كما فى الكافى (ومهر مثلها ان كان) مهر مثلها (بينهما) بان زاد على الاقل ونقص من الاكثر عند الامام لان مهر المثل اصل يعدل عنه بصحة التسمية بكل وجه ولم يصح التسمية هنا من وجه فلم يعدل (وعندهما لها الادنى بكل حال) اذ المسمى هو الاصل وبتعذره بكل وجه يعدل الى مهر المثل ولا تعذر هنا لتعين الاقل هذا اذا لم يشترط الخيار لها لتأخذ ايا شاءت او الخيار له على ان يعطى ايا شاء فان شرط صح اتفاقا لانتفاء المنازعة فلو تزوجها على الف حالة او مؤجلة الى سنة ومهر مثلها الف او اكثر فلها الحالة والا فالمؤجلة وعندهما المؤجلة لانها اقل وان تزوجها على الف حالة او على الفين الى سنة ومهر مثلها كالاكثر فالخيار لها وان كان الاقل فالخيار له وان بينهما يجب مهر المثل وعندهما الخيار له لوجوب الاقل (وان طلقها قبل الدخول فلها نصف الادنى اجماعا) كما فى اكثر الكتب لكن ليس على اطلاقه لانه شامل لما اذا كان نصف الادنى اقل من المتعة وليس كذلك بل ان كان نصف الادنى اقل من المتعة تكون لها المتعة كما فى الخانية (وان تزوجها بهذين العبدين فاذا احدهما حر فلها العبد فقط عند الامام ان ساوى) العبد اى قيمته (عشرة) من الدراهم وان لم يساو فيكمل العشرة لان الاشارة معتبرة عنده فصار كانه قال تزوجتك على هذا الحر وعلى هذا العبد والباقى صلح مهرا لكونه مالا فيجب المسمى وان قل لان المسمى يمنع وجوب مهر المثل (وعند ابى يوسف) والشافعى فى قول لها (العبد مع قيمة الحر لو كان عبدا) لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فيجب قيمته (وعند محمد) لها (العبد وتمام مهر المثل ان هو) اى العبد (اقل منه) اى من مهر المثل وهو رواية عن الامام لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فكذا اذا كان احدهما حرا وقيد بان يكون احدهما حرا اذ لو استحق احدهما فلها الباقى وقيمة المستحق ولو استحقا جميعا فلها قيمتها بالاجماع كما فى البحر بخلاف ما اذا استحق نصف الدار المهورة فان لها الخيار ان شاءت اخذت الباقى ونصف القيمة وان شاء اخذت كل القيمة فان طلقها قبل الدخول بها فليس لها الا النصف الباقى كما فى المنح والتنوير (وان تزوجها على فرس) وقد حققناه آنفا (او ثوب هروى بالغ فى وصفه اولا) بان بين طوله وعرضه (خير) الزوج (بين دفع الوسط او قيمته) اى الوسط فتجبر المرأة على القبول هذا اذا ذكر الثوب الموصوف مطلقا اما اذا عين ثم اتى بالقيمة لا تجبر وكذا اذا ذكره مضافا الى نفسه بان قال تزوجتك على ثوبى كذا ليس له ان يعطى القيمة لان الاضافة كالاشارة كما فى المحيط وقال زفر اذا بالغ فى وصفه يرتفع الخيار ويجبر الزوج على تسليم الوسط وهو رواية عن الامام وقال الشافعى لها مهر مثلها (وكذا) خير الزوج بين تسليمه وتسليم قيمته (او تزوجها على مكيل او موزون) غير الدراهم والدنانير (بين جنسه) اى نوعه (لا صفته) بان تزوجها على حنطة او شعير كذا ولم يزد عليه (وان بين صفته ايضا) كما بين جنسه (وجب هو) اى المسمى (لا قيمته) فيجبر على تسليمه لان موصوفه يجب فى الذمة ثبوتا صحيحا حالا او مؤجلا (وقيل الثوب مثله) اى مثل المكيل (ان بولغ فى وصفه) وهو قول زفر كما بيناه آنفا (وان شرط) فى النكاح (البكارة) بلا زيادة شئ لها (فوجدها ثيبا لزمه كل المهر) اى جميع مهر المثل بلا تسمية او المسمى بلا نقصان ولا عبرة بالشرط لان المهر انما شرع لمجرد الاستمتاع دون البكارة وكذا ان شرط انها شابة فوجدها عجوزا (وان اتفقا) اى الزوجان (على قدر) من المهر (فى السر) بشهادة شاهدين (واعلنا غيره) اى غير المتفق عليه (عند العقد فالمعتبر ما اعلناه) عند الطرفين (وعند ابى يوسف ما اسراه) يعنى من تزوج امرأة بمهر فى السر ثم تزوجها ثانيا باكثر منه رياء وسمعة لها مهر السر عنده لان النكاح لا يحتمل الفسخ فلا يعتبر العقد الثانى لانه ليس بعقد حقيقة وقالا لها مهر العلانية لان العقد الثانى وان لم يعتبر استينافا لكن فيه زيادة المهر وهى صحيحة فيعتبر

من تلك الجهة هذا اذا لم يشهد على ان ما فى العلانية هزل وان اشهد لم تجب الزيادة اتفاقا وانما قيدنا لتزوجها ثانيا لانهما لو اظهرا اكثر مما فى السر بلا عقد آخر لم يعتبر الظاهر اتفاقا وقيدنا بالتزوج بان يكون باكثر لانه لو تزوجها علانية على ان لا مهر لها فمهر السر اتفاقا وهذا اذا تعاقدا بجنس ما تواضعا او تعاقدا بخلاف جنسه كما تعاقدا فى السر على الف درهم وتعاقدا فى العلانية بمائة دينار فلها مهر المثل اتفاقا فى الاصح كما فى شرح المجمع وغيره فعلى هذا يلزم ان يكون عدم العقد مرتين عقد فى السر وعقد فى العلانية لكن عبارة المصنف تقتضى ان يكون عدم العقد فى السر بل تشا ولا فى المهر ويستقر رأيهما على قدر لانه قال لو اتفقا ولم يقل لو تعاقدا تتبع (ولا يجب شئ) من المسمى ومهر المثل والمتعة والعدة والنفقة (بلا وطئ فى عقد فاسد) كالنكاح للمحارم المؤبدة او الموقتة او باكراه من جهتها او بغير شهود او للامة على الحرة او فى العدة او غيرها (وان) وصلية (خلا بها) اذ لا يثبت لها التمكن فصار كخلوة الحائض ولهذا قالوا الصحيحة فى الفاسد كالفاسدة فى الصحيح (فان وطئ وجب مهر المثل لا يزاد على المسمى) اى ان زاد مهر مثلها على المسمى لا يزاد عليه لانها اسقطت حقها فى الزيادة لرضاها بما دونها وعند الثلثة وزفر يزاد عليه بالغا ما بلغ وكذا لو كان مهر المثل اقل من المسمى يجب مهر المثل لعدم صحة التسمية ولو لم يكن المهر مسمى او كان مجهولا يجب بالغا ما بلغ بالاجماع وفى العناية ان المعتبر الجماع فى القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه وههنا كلام وهو انه ينبغى ان يذكر وجوب العدة عليها كما ذكر فى اكثر المتون تدبر واعلم انه اذا وطئ فى العقد الفاسد مرارا فعليه مهر واحد وكذا لو وطئ مكاتبته او جارية ابنه مرارا اما لو وطئ الابن جارية ابيه لشبهة يجب لكل وطئة مهر ولو وطئ احد الشريكين الجارية المشتركة فعليه لكل وطئ نصف مهر (وعليها العدة) بعد الوطئ لا الخلوة فلو فرق بحكم فساد النكاح بعد الدخول ثم تزوجها صحيحا فى عدته ثم طلقها قبل الدخول فلها المهر كاملا ولها عدة مستقبلة وعند محمد نصف المهر واتمام العدة الاولى وكذا الخلاف فى النكاحين الصحيحين (و) يعتبر (ابتداؤها) اى ابتداء العدة (من حين التفريق لا من آخر الوطئات) وقال زفر من آخر الوطئات واختاره ابو القاسم الصفار (هو الصحيح) لان العدة تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق كما فى الهداية وفى المنح والتفريق فى هذا اما بتفريق القاضى او بمتاركة الزوج ولا يتحقق الطلاق فى النكاح الفاسد بل هو متاركة فيه ولا يتحقق المتاركة الا بالقول فى المدخول بها واما فى غير المدخول بها فيتحقق المتاركة بالقول وبالترك عند بعضهم وعند البعض لا الا بالقول فيها فعلم ان المتاركة لا تكون من المرأة اصلا كما قيده الزيلعى بالزوج لكن فى الفتح وغيره ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر وقيل بعد الدخول ليس له ذلك الا بحضور الآخر فعلى هذا ان المرأة فسخه بحضر الزوج اتفاقا ولا شك ان الفسخ متاركة فيلزم التوجيه بان يفرق بينهما وهو بعيد تأمل (او يثبت فيه) اى فى النكاح الفاسد (النسب) منه او جاءت به لستة اشهر ان اعترف بالوطئ لانه اذا خلا بها ثم جاءت به لستة اشهر فانكر الوطئ لم يثبت النسب منه (ومدته) اى مدة النسب (من حين الدخول عند محمد وبه يفتى) وعندهما من وقت النكاح وقال الزيلعى وهو بعيد لان النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطئ لحرمته ولهذا لا تثبت به حرمة المصاهرة بمجرد العقد بدون الوطئ او اللمس او التقبيل واعلم ان حكم الدخول فى النكاح الموقوف كالدخول فى الفاسد فيسقط الحد ويثبت النسب ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل كما فى اكثر الكتب وما فى الاختيار من انه لا تجب العدة ولا يثبت النسب فى النكاح الموقوف قبل الاجازة غير صحيح تدبر (ومهر مثلها يعتبر بقوم ابيها) فى وقت العقد والاولى من قرائب ابيها لان القوم مختص بالرجال عند المحققين كالاخوات والعمات وبناتهن لان الانسان من جنس ابيه وانما تعرف بالنظر الى قيمة جنسه ولذا صحت خلافة ابن الامة اذا كان ابوه قريشيا

(ان تساويا سنا) اى فى السن وثبوته بشهادة رجلين اورجل وامرأتين ولفظ الشهادة فان لم يوجد فالقول له مع اليمين وهكذا فى البواقى كما فى اكثر الكتب (وجمالا) وحسنا وقيل لايعتبر الجمال فى الحسب والشرف بل فى اوساط الناس وهذا جيد كما فى الفتح وغيره (ومالا وعقلا) هو قوة مميزة بين الامور الحسنة والقبيحة اوقوة يحصل الادراك للقلب باشراقها كالبصر بالشمس اوهيئة محمودة للانسان فى مثل حركاته وسكناته كما فى كتب الاصول وهو بهذا المعنى شامل لما شرط فى التتف من العلم والادب والتقوى والعفة وكمال الخلق فعلى هذا لاحاجة الى قوله (ودينا) اى ديانة وصلاحا كما فى القهستانى (وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة) بالفتح مصدر ثيب ليس من كلامهم كما فى المغرب فلو قال وضدها لكان اصوب تدبر وانما اشترط الاستواء فى هذه الاوصاف لان المهر يختلف باختلافها لاختلاف الرغبات فيها (فان لم يوجد) مثلها فى تلك الاوصاف (منهم) اى من قوم ابيها (فمن الاجانب) فيعتبر مهر مثلها فى تلك الاوصاف من الاجانب من قبيلة هى مثل قبيلة ابيها وعن الامام انه لايعتبر بالاجانب وفى البحر نقلا عن الفتح ويجب حمله على ما اذا كان لها اقارب والا امتنع القضاء بمهر المثل وقد قدمنا ان فى القضاء بمهر المثل لم يحصر فى النظر الى من يماثلها من القبائل فلو فرض لها شيئا من غير ذلك صح (فان لم يوجد جميع ذلك) من هذه الاوصاف (فما يوجد منه) اى من الجميع لانه يتعذر اجتماع هذه الاوصاف فى امرأتين فيعتبر بالموجود منها لانها مثلها كما فى الاختيار (ولايعتبر) مهر مثلها (بامها وخالتها) لقول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب وقال ابن ابى ليلى يعتبر بامها وقوم امها (ان لم تكونا من قوم ابيها) فان كانت منهم بان تكون بنت عم ابيها فيعتبر مهرها لما انها من قوم ابيها هذا كله بيان مهر المثل للحرة واما مهر مثل الامة فهو قدر الرغبة فيها وعن الاوزاعى ثلث قيمتها (وصح ضمان وليها) بنفسه اورسوله (مهرها) هذا يتناول الصغير بان يزوج ابنه الصغير امرأة وضمن عنه مهرها صح ضمانه ويتناول ايضا ولى الصغيرة والكبيرة بان يزوج ابنته الصغيرة اوالكبيرة وهى بكر اومجنونة وضمن عن الزوج مهرها صح لانه من اهل الالتزام وقد اضاف الضمان الى مايقبله وهو المهر فيصح وهذا فى صحة الولى اما فى مرض الموت فلا لانه تبرع لوارثه فى مرض الموت وان لم يكن وارثا له فالضمان فى مرض الموت من الثلث (وتطالب المرأة (من شاءت منه) اى من الولى الضامن (ومن الزوج) اعتبارا بسائر الكفالات (ويرجع الولى على الزوج اذا ادى ان ضمن بامره) هذا فى الكبير اما فى الصغير فلا يعتبر امره لكن فى الذخيرة ان شرط الرجوع فى اصل الضمان فله الرجوع كانه كالاذن من البالغ فى الكفالة وفى الولوالجية لارجوع له الا اذا اشهد عند الاداء انه يؤدى ليرجع عليه فعلم ان الاشهاد يقوم مقام الامر فى حقه (والا) اى وان لم يضمن بامره (فلا) يرجع وهذه المسئلة ليست فى محلها لانها من مسائل الكفالة ولو تركها لكان اخصر تدبر (وللمرأة منع نفسها من الوطئ والسفر) اذا اراد الزوج ان يطأها او يسافر بها والصواب ان يقول والاخراج مكان السفر لانه ربما يوهم انه ينقلها لمحل آخر من بلدتها وليس له ذلك قبل الايفاء تدبر (حتى يوفيها قدر مابين تعجيله من مهرها كلا او بعضا) لان حقه قد تعين فى المبدل فوجب ان يتعين حقها فى البدل تسوية بينهما (ولها) اى لتلك المرأة (السفر والخروج من المنزل) اى من منزل زوجها للحاجة وزيارة اهلها بلا اذن الزوج (ايضا) اى كما جاز منع نفسها من الوطئ لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء (ولها النفقة) اى الطعام اوهو مع الكسوة اوهما مع السكنى على الخلاف فى مفهوم النفقة (لومنعت) المرأة نفسها من الوطئ (لذلك) اى لاستيفاء مهرها المعجل فلا تكون ناشزة لان المنع بحق (وهذا) اى المنع والقدرة على الخروج بلا اذن (قبل الدخول) والوطئ حقيقة او حكما كالخلوة الصحيحة

(وكذا بعده) اى بعد الدخول عند الامام لان المهر مقابل بجميع الوطأت الموجودة فى الملك فاذا سلمت بعض المعقود عليه لايسقط حقها فى حبس الباقى كما سلم البايع بعض المبيع (خلافا لهما فيما لوكان الدخول برضائها) وفى الايضاح انه قول الامام اولا لان تسليم المعقود عليه يحصل بالوطئة الاولى فيسقط حق امتناعها كما يسقط حق البايع فى حبس المبيع بعد تسليمه قيد برضائها لانها لوكانت مكرهة فلها الامتناع اتفاقا والمراد بالرضاء الرضاء المعتبر شرعا فلاحاجة الى قوله (غير صبية ولامجنونة) تأمل (وان لم يبين قدر المعجل) اى ان لم يبين مقدارهما معينا اوسكت عن التعجيل والتأجيل مطلقا (فقدر مايعجل من مثله عرفا) اى لها المنع حتى يوفيها قدر مايعجل من مثل ذلك المهر عرفا اى ماحكم به العرف يعنى ينظر الى المسمى والمرأة فان حكم بتعجيل بعض لها وتأجيل بعض فذاك وهو الصحيح لان المعروف كالمشروط بخلاف ما اذا شرط تعجيل الكل اذ لاعبرة بالعرف وفى الاسبيجابى ان المهر معجلا اومسكوتا عنه فانه يجب حالا لان النكاح عقد معاوضة وقد تعين حقه فى الزوجة فوجب ان يتعين حقها وذلك بالتسليم وفى العناية مثل هذا لكن مخالف لسائر الكتب (غير مقدر بربع ونحوه) وفى الصيرفية الفتوى على اعتبار عرف بلدهما من غير اعتبار الثلث او النصف (وليس لها ذلك) المنع (لو اجل كله) اى المهر وكذا لو اجلته بعد العقد مدة لاسقاطها حقها بالتأجيل وفيه اشارة الى ان تأجيل الكل الى غاية مجهولة صحيح لان الغاية معلومة فى نفسها وهو الطلاق او الموت وقال بعض المشايخ انه غير صحيح والصحيح هو الاول واما لوكان الاجل مبهما كهبوب الريح فحينئذ يكون المهر حالا بخلاف قليلة الجهالة كالحصاد ونحوه (خلافا لابى يوسف) اى قال لها ان تمنع نفسها اذا كان مؤجلا استحسانا لانه لما طلب تأجيله كله فقد رضى باسقاط حقه فى الاستمتاع وقال الولوالجى وبه يفتى وقال صدر الشهيد هذا احسن وبه يفتى لكن فى الخلاصة وغيرها الفتوى على الاول فاختارما فى الخلاصة تتبع (فاذا اوفاها) اى المرأة (ذلك فله) اى للزوج (نقلها حيث شاء مادون) مدة (السفر) من المصر الى القرية وبالعكس كما فى الخانية وفى الكافى وعليه الفتوى وقيده فى التاتارخانية بما اذا كانت القرية قريبة يمكنه ان يرجع قبل الليل الى وطنه لانها ليست بقرية وذكر فى القنية اختلافا فى نقلها من المصر الى الرستاق لكن فى زماننا ينبغى العمل بالقول بعدم نقلها من المصر الى القرية لفساد الزمان (وقيل له) اى للزوج (السفر بها فى ظاهر الرواية) وبه افتى صاحب ملتقى البحار اذا كان الزوج مأمونا عليها واوفاها كل المهر (والفتوى على الاول) وبه افتى الفقيه ابو الليث لفساد الزمان واضرار الغريب لانها لاتأمن على نفسها فى منزلها فكيف اذا اخرجت وقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم مقيد بعدم الاضرار كما دل عليه سياقه فلا ينبغى ماقال المرغينانى ان الاخذ بقوله تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه كما فى اكثر المعتبرات (وان اختلفا) اى الزوجان حال قيام النكاح (فى قدر المهر) بان ادعى انه تزوجها على الف وادعت انه بالفين (فالقول لها ان كان مهر مثلها كما قالت اواكثر) ان كان مهر مثلها مساويا لما تدعيه المرأة اواكثر فالقول لها مع يمينها (و) القول (له) اى الزوج (ان كان) مهر مثلها (كما قال اواقل) اى ان كان مهر المثل مساويا لما يدعيه الزوج اواقل منه فالقول له مع يمينه (وان كان) مهر مثلها (بينهما) اى بين ماقال الزوج والمرأة (تحالفا) ويجب ان يقرع فى البداءة بالتحليف لعدم الرجحان لاحدهما وقال القدورى فى شرح الاختلاف يبتدأ بيمين الزوج ايهما نكل يلزم ما قال الاخر (و) ان حلفا (لزم مهر المثل) فيدفع منه قدر ما اقر به تسمية فلايتخير فيه والزائد يخير فيه بين الدراهم والدنانير هذا تخريج الرازى وصحح فى النهاية وقال الكرخى يتحالفان فى الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك وفى شرح تاج الشريعة وهو اصح (وفى الطلاق) اى ان اختلف

الزوجان حال الطلاق (قبل الدخول القول لها ان كانت متعة المثل كنصف ماقالت) المرأة (او اكثر) اى ان كانت متعة المثل مساوية لنصف ماتدعيه او اكثر فالقول لها مع اليمين (و) القول (له ان كانت كنصف ماقال اواقل) اى ان كانت متعة المثل مساوية لنصف مايدعيه اواقل منه فالقول له مع اليمين (وان كانت) متعة المثل (بينهما تحالفا) كما مر (و) ان حلفا (لزمت المتعة) اى متعة المثل عند الطرفين على ماذكر فى الجامع الكبير واما فى رواية الجامع الصغير والاصل لاتحكم المتعة بل ان يكون القول قوله فى نصف المهر عندهما و وفق صاحب الهداية بينهما فليطالع (وعند ابى يوسف القول له قبل الدخول وبعده) والظاهر ان مراد القول له فى الطلاق قبل الدخول وبعده لكن فى الهداية القول له بعد الطلاق وقبله عنده وفى الخانية القول له فى الوجوه كلها عنده فيكون مخالفا الا ان يقال القول له قبل الدخول وبعده قيام النكاح اولا فيكون قول المصنف مشتملا على اربع صور الاولى اختلافهما قبل الدخول حال قيام النكاح والثانية اختلافهما بعد الدخول حال قيام النكاح ايضا والثالثة اختلافهما قبل الدخول بعد زوال النكاح والرابعة اختلافهما بعد الدخول بعد زوال النكاح ايضا فعند ابى يوسف القول له فى هذه الصور كلها كما فى الخانية وعندهما يحكم مهر المثل فى الاولى والثانية والرابعة وتحكم متعة المثل فى الثالثة على رواية الجامع الكبير ويعتبر قول الزوج فى نصف المهر على رواية الجامع الصغير تتبع (الا ان يذكر مالا يتعارف مهرا لها) هو الصحيح وقيل لا يصلح مهرا شرعا بان قل عن عشرة دراهم لانه مستنكر شرعا قال البرى هذا اشبه بالصواب (وايهما) من الزوجين (برهن) على ما ادعاه (قبل) برهانه فى جميع هذه الوجوه (وان برهنا فبينته اولى حيث يكون القول لها وبينتها اولى حيث يكون القول له) لان بينة من لم يشهد له الظاهر اولى لانها تثبت الحط والزيادة لكن بقى فيه صورتان وهو ان يكون مهر المثل بينهما ومتعة المثل بينهما ان اقاما كيف يكون الحال قلنا المفهوم من العناية يقتضى بما بينهما فى الصورتين وفى الدرر وغيره بمهر المثل لكن ينبغى ان تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة ولم يشهد لها مهر المثل كما نص محمد فى هذا تدبر (وان اختلفا) اى الزوجان (فى اصله) اى المسمى بان قال احدهما لم يسم مهر والاخر يدعى التسمية (وجب مهر المثل) بالاجماع المركب لانه هو الاصل عند الطرفين واما عنده فلانه تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل وفى شرح الوقاية وان اقام البينة لاشك فى قبولها وان لم يقم فعندهما يحلف فان نكل ثبت دعوى التسمية وان حلف يجب مهر المثل واما عند الامام ينبغى ان لايحلف فى النكاح فيجب مهر المثل انتهى لكن الكلام فى المهر دون النكاح ويجرى الحلف فى المال اتفاقا وقد ذكرها هو بنفسه من كتاب الدعوى تدبر (وموت احدهما كحياتهما) فى الحكم اى الجواب فيه كالجواب فى حال حياتهما حال قيام النكاح فى الاصل والقدر لان مهر المثل لايسقط اعتباره بموت احدهما ولهذا يجب فى المفوضة مهر المثل بعد موت احدهما بالاتفاق (وفى موتهما ان اختلف الورثة فى قدره) اى المسمى (فالقول) مع اليمين (لورثة الزوج عند الامام) كابى يوسف حال الحيوة الا ان ابا حنيفة رحمه الله تعالى قال القول لورثة الزوج وان ادعوا شيئا قليلا فلذا قال (ولا يستثنى القليل المستنكر لان اعتباره يسقط عنده بعد موتهما (وعند محمد كالحيوة) اى يحكم مهر المثل (وان اختلفوا) اى الورثة (فى اصله) اى المسمى (يجب مهر المثل عندهما) كما فى حالة الحيوة لان مهر المثل صار دينا فى ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما (وبه يفتى) كما فى اكثر المعتبرات (وعند الامام القول لمنكر التسمية ولا يجب شئ) لان التقادم دليل انقراض الاقران فلا يمكن تقدير مهر المثل كما فى اكثر الكتب لكن لم لا يجوز ان يعرف ذلك بالبينة او بتصادق الورثة كما فى الفتح وفى السرخسى هذا اذا تقادم العهد وانقرض العصر اما اذا لم يتقادم العهد يقضى بمهر المثل عنده ايضا وهذا اذا لم تسلم نفسها فان سلمتها ووقع الاختلاف فى الحالتين لايحكم بمهر المثل

بل يقال لها الا بدان تقرى بما تعجلت والا حكمنا عليك بالمعارف فى المعجل ثم بعمل فى الباقى كما ذكرنا
لان المرأة لاتسلم نفسها الا بعد قبض شئ من المهر عادة كما فى اكثر الكتب لكن فى البحر ولا يخفى ان محله
فيما ادعى الزوج ايصال الشئ اليها اما لو لم يدع فلا ينبغى ذلك لكن لا يخفى ما فيه تأمل (وان بعث
الزوج (اليها شيئا) ولم يذكر جهة عند الدفع غير جهة المهر لانه او ذكر بجهة اخرى لا يقبل
قوله بعد ذلك كما فى القنية (فقالت) المرأة (هو) اى المبعوث (هدية) اى شئ يعطى للمودة (وقال)
الزوج (مهر) اولاجل المهر اومن المهر (فالقول له) اى للزوج مع يمينه ان لم يكن لها بينة لانه
المملك فالقول له فى كيفية التمليك ولان الظاهر يشهد انه يسعى فى اسقاط الواجب عن ذمته
(فى غير ما هيئ للاكل) لان الظاهر يتخلف عنه فيه والقول انما هو لمن يشهد له الظاهر والظاهر
فى مثله المتعارف ان يبعثه هدية والمراد منه ما يفسد ولا يبقى كاللحم والطعام المطبوخ فان القول لها
فى ذلك استحسانا واما فيما يبقى كالحنطة والدقيق والسمن والعسل فالقول له كما فى اكثر الكتب
وفى المحيط المختار عند الفقيه انه ان كان مما يجب على الزوج كالخمار والدرع ومتاع البيت فهدية
والا فالقول له كالخف والملائة وفى الفتح والذى يجب اعتباره فى ديارنا ان جميع ما ذكر من الحنطة
وغيرها يكون القول فيه قولها لان المتعارف فى ذلك كله ارساله هدية فالظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون
القول له الا فى الثياب والجارية ثم اذا كان القول له فالمتاع ترده عليه ان كان قائما وترجع بمهرها
وان كان هالكا لا ترجع بالمهر بل بما بقى ان كان بقى بعد قبضه شئ وفى المنح خطب بنت رجل
وبعث اليها اشياء ولم يزوجها ابوها فما بعث للمهر يسترد عينه قائما وان تغير بالاستعمال او قيمته
هالكا وكذا ما بعث هدية وهو قائم دون الهالك والمستهلك لان فيه معنى الهبة ولو ادعت ان
المبعوث من المهر وقال هو وديعة فان كان من جنس المهر فالقول لها وان كان المبعوث من خلاف
الجنس فالقول له ولو انفق على معتدة الغير بشرط ان يتزوجها ان زوجته لا رجوع مطلقا
وان ابت فله الرجوع ان كان دفع لها ولو اكلت معه فلا مطلقا كما فى فصول العمادى (وان نكح ذمى
ذمية او حربى حربية ثمه) اى فى دار الحرب (على ميتة او بلا مهر) بان سكتا عنه او نفياه (وذلك)
اى والحال ان النكاح (جائز فى دينهم) وانما قيد لانه ان لم يجز هذا فى دينهم او يجب المهر عندهم
لا يكون الحكم عدم الوجوب (فلا شئ لها) عند الامام وان اسلما اذا امرنا بتركهم وما يدينون وكذا
عندهما فى الحربيين لان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدار
(خلافا لهما) والائمة الثلثة فى الذميين (سواء وطئت او طلقت قبله) اى الوطئ (او مات احدهما)
قبله وبعده لكن عبارة المصنف توجب خلاف الامامين فى الكل وليس كذلك لان عندهما فى الذميين
لها مهر المثل ان دخل بها او مات عنها زوجها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها لانهم التزموا
احكامنا من الطلاق والعدة وحرمة نكاح المحارم والتوارث بالنسب وبالنكاح الصحيح وثبوت خيار
البلوغ والمطلقة ثلثا والزنا والربا وغيرها لقوله عليه السلام لهم ما لنا وعليهم ما علينا لكن يلزم
ان لا يصح عندهما تبايعهم بالخمر والخنزير لانه من المعاملات مع انه جائز اجماعا تأمل وقال زفر لها
مهر مثلها فى الحربيين ايضا (وان نكحها) اى ذمى ذمية (بخمر او خنزير معين ثم اسلما او اسلم احدهما
قبل القبض فلها ذلك) اى المعين من الخمر والخنزير عند الامام لانها ملكته بالعقد والاسلام لا يمنع
قبضه (وان كان غير معين فقيمة الخمر ومهر المثل فى الخنزير) عند الامام ايضا لان الخمر عندهم مثلى
كالخل عندنا ولا يحل اخذها فايجاب القيمة يكون اعراضا عن الخمر واما الخنزير فمن ذوات القيمة
عندهم كالشاة عندنا فايجاب القيمة فيه لا يكون اعراضا عنه فيجب مهر المثل تحقيقا لمعنى الاعراض
(وعند ابى يوسف) والائمة الثلثة (لها مهر المثل فى الوجهين) اى فى المعين وغير المعين لانه لو كانا
مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا هنا وهو قول ابى يوسف الاخر (وعند محمد) لها (القيمة

تعذر قبضه بالاسلام ثم بالاسلام حال العقد لعدم الاسلام حال العقد ثم بالاسلام تعذر قبضه
فيهما) اى فى المعين وغير المعين لصحة التسمية لعدم الاسلام حال العقد ثم بالاسلام تعذر قبضه فيجب قيمته وهو قول ابى يوسف الاول (وفى الطلاق قبل الدخول تجب المتعة عند من اوجب مهر المثل ونصف القيمة عند من اوجبها) وفى شرح الكنز ولو طلقها قبل الدخول ففى المعين لها نصف المعين عند الامام وفى غير المعين ففى الخمر لها نصف القيمة وفى الخنزير لها المتعة وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال وعند ابى يوسف لها المتعة بكل حال.

﴿باب نكاح الرقيق﴾

لما فرغ من بيان نكاح من له اهلية النكاح من غير توقف شرع فى بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق فى اللغة العبد ويقال للعبيد والمراد هنا المملوك من الادمى لانهم قالوا ان الكافر اذا اسر فى دار الحرب فهو رقيق لا مملوك واذا اخرج فهو مملوك فعلى هذا كل مملوك من الادمى رقيق ولا عكس والفرق بينه وبين القن ان الرقيق هو المملوك كلا او بعضا والقن هو المملوك كلا كما فى المنح (نكاح العبد والامة) سواء كانت قنا او مكاتبة او مدبرة (والمدبر والمكاتب وام الولد بلا اذن السيد موقوف) خلافا لمالك فى العبد مطلقا قاسه على الطلاق وهذه العبارة اولى من عبارة الكنز وهى لم يجز لانه يلزم عدم الجواز وليس كذلك لانه جائز لكنه موقوف (فان اجاز) المولى النكاح قبل الدخول او بعده صريحا او دلالة (نفذ) النكاح او اذن بعده كره له وطؤها بلا نكاح آخر كما فى القهستانى (وان رد بطل) لانه عيب والمراد بالمولى هنا من له ولاية تزويج الرقيق ولو غير مالك له ولهذا كان الاب والجد والقاضى والوصى تزويج امة اليتيم وليس لهم تزويج العبد لما فيه من عدم المصلحة (وقوله) اى للسيد (طلقها رجعية اجازة) لان الطلاق الرجعى لا يكون الا بعد سبق النكاح الصحيح فيدل على الاذن (لا) اى لا يكون اجازة لو قال له (طلقها او فارقها) لانه يحتمل الرد وهو الظاهر هنا حيث تزوج بغير امره فيحمل عليه وفيه اشعار بان سكوته بعد العلم ليس باجازة كما فى القنية (فان نكحوا باذنه) اى باذن السيد (فالمهر عليهم) اى على المذكورين فلو طلبت (يباع العبد فيه) فلو بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانيا ويطالب بالباقى بعد العتق بخلاف النفقة حيث يباع مرارا لانها تجب ساعة فساعة فلم يقع البيع بالجميع فاذا مات يسقط المهر والنفقة لفوات محل الاستيفاء وكذا الحكم فى المدبر والمكاتب هذا اذا زوج العبد باجنبية ولو زوج المولى امته من عبده لا يجب المهر وهو الاصح (ويسعى) للمهر والنفقة (المدبر والمكاتب ولا يباعان) لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير وكذا معتق البعض وابن ام الولد فيؤدى من كسبهما فان اخرج المدبر عن ملكه كان ضامنا الجميع كما اذا عجز المكاتب فرد الى الرق فانه يكون الكل على المولى فان اوفاها والا بيع لها كما فى القهستانى (واذنه) اى السيد (لعبده بالنكاح) مطلقا (يشمل جائزه) اى النكاح (وفاسده) عند الامام وينصرف الى الجائز عندهما والثلثة وثمرة الخلاف تظهر فى امرين ذكر الاول بقوله (فيباع فى المهر) فى الحال (او نكح فاسدا فوطئ) ولو لم يطأ لا شئ عليه عنده وعندهما لا يطالب الا بعد العتق وذكر الثانى بقوله (ويتم الاذن به) اى بالنكاح الفاسد (حتى لو نكح بعده) اى او جدد العبد نكاح هذه المرأة نكاحا (جائزا) او نكح امرأة بعدها نكاحا صحيحا (توقف على الاجازة) لان الاذن بالعقد حيث ينتهى به عنده ولا ينتهى به عندهما لان المقصود من النكاح وهو تحصينه من الزنا انما يحصل بالجائز دون الفاسد وله ان الاذن مطلقا فيجرى على اطلاقه ولا يتقيد بالصحيح كالاذن بالبيع وقيد بالاذن لان التوكيل بالنكاح لا يتناول الفاسد فلا ينتهى به اتفاقا وعليه الفتوى كما فى المستصفى (وان زوج السيد (عبده المأذون المديون صح) النكاح لانه يبتنى على ملك الرقبة فيجوز تحصينه له (وهى) اى المرأة (اسوة الغرماء) فيباع فى الكل فيقسم ثمنه بين المرأة وبين الغرماء بالحصة فتأخذ حصة مهرها ان كان المهر غير متجاوز عن مهر مثلها ولهذا قال (فى مهر مثلها) فى القدر المتجاوز عنه لا تزاحمهم بل تأخذه بعد استيفائهم حقوقهم كدين الصحة مع دين المرض (ومن زوج امته

لا يلزمه تبوئتها) وان شرطا وقت العقد التبوئة تفعلة يقال بوأ له منزلا وبوأ منزلا اذا هيأ له كما في المغرب (ويطأ الزوج متى ظفر) فليس للسيد ولاية المنع الا قبل اخذ المعجل وليس للزوج ان يمنعه من ان يستخدمها لان المستحق للزوج ملك الحل لا غير (و) لكن (لا نفقة عليه) اى الزوج (الا بالتبوئة) لان النفقة جزاء احتباسها فلا يوجد احتباسها الا بتبوئتها (وهى) اى التبوئة (ان يخلى بينها) اى الامة (وبين الزوج فى منزله ولا يستخدمها) ولو ترك الاضافة فى منزله لكان اولى لان التبوئة ان يخلى بينهما فى اى منزل كان كما فسره الخصاف فلا وجه للاختصاص بمنزل الزوج تأمل (فان بوأها ثم رجع صح) رجوعه لانه حقه لا يسقط بها كما لا يسقط بالنكاح (وسقطت النفقة) فلو بوأها عادت نفقتها كالحرة اذا نشزت ثم عادت (وان خدمته) اى الجارية لسيدها بعد التبوئة (بلا استخدامه) اى السيد (لا تسقط) النفقة وكذا لو استخدمها السيد نهارا واعادها الى بيت الزوج ليلا كما فى الشمنى لكن فى القهستانى نقلا عن القنية كان نفقة اليوم على السيد والليل على الزوج تتبع (وان زوج امته ثم قتلها) اى الامة (قبل الدخول) اى قبل دخول الزوج بها (سقط المهر) عند الامام لانه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كالحرة اذا ارتدت وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا لموتها حتف انفها لان المقتول ميت باجله عند اهل الحق وذكر شيخ الاسلام هذا اذا كان السيد من اهل المجازاة لانه لو لم يكن منه بان كان صبيا لا يسقط اتفاقا وقال الامام الصفار فعل الصبى معتبر فى حقوق العباد فيجوز ان يكون الجواب فيه على الخلاف ايضا لكن رجح صاحب المنح وغيره الاول فعلى هذا لو قيد بالمكلف لكان اولى تدبر وقيد بقتل السيد لان الامة لو قتلت نفسها او قتلها اجنبى لا يسقط اتفاقا الا فى رواية عن الامام وقيد بالامة لان المولى لو قتل زوجته لا يسقط اتفاقا وقيد قبل الدخول لان بعد الدخول المهر واجب اتفاقا (وبخلاف ما لو قتلت الحرة نفسها قبله) اى قبل الدخول خلافا لزفر وفيه ان التقييد بقتل الحرة نفسها ليس احترازيا لان وارثها لو قتلها قبله فلا يسقط ايضا وهذه المسئلة ليس فى محلها لكن ذكرها استطرادا (والاذن فى العزل عن الامة) اى امة الغير لان امته لا خلاف فى جوازه بلا اذن (للسيد) عند الامام وصاحبيه فى ظاهر الرواية لانه يخل بمقصود المولى وهو الولد فيعتبر رضاه (وعندهما) فى غير ظاهر الرواية الاذن (لها) فعلى هذا ينبغى للمصنف ان يعبر بعن لا بعند تدبر وقيد بالامة لان فى الحرة لا يباح العزل فيها بلا رضاها بالاجماع وقالوا فى زماننا يباح لفساد الزمان وافاد ان العزل جائز بالاذن وهو الصحيح عند عامة العلماء ثم اذا عزل وظهر بها حبل ان لم يعد الى وطئها او عاد بعد البول جاز له نفيه والا فلا (وان تزوجت امة او مكاتبة) كبيرة فانها لا خيار للصغيرة فاذا بلغت كان لها خيار العتق لا خيار البلوغ كما فى البحر ولو ترك المكاتبة لكان اخصر لان الامة شاملة لها كام الولد والمدبرة (بالاذن) اى باذن السيد (ثم عتقت) تلك الامة (فلها الخيار فى الفسخ) الى آخر المجلس فان اختارت نفسها قبل دخول الزوج فلا مهر لاحد لان الفرقة من قبلها وان اختارت زوجها فالمهر لسيدها (حرا كان زوجها او عبدا) سواء كان النكاح برضاها اولا فان كانت تحت العبد فلها الخيار اتفاقا دفعا للعار وهو كون الحرة فراشا للعبد وان كانت تحت الحر ففيه خلاف الشافعى (وان تزوجت بلا اذن) من سيدها (فعتقت) قبل اذنه وقبل وطئ مولاها فان الوطئ فسخ النكاح عند ابى يوسف خلافا لمحمد (نفذ) النكاح خلافا لزفر لكن فيه اشكال لان الامة شاملة لام الولد وام الولد اذا عتقت قبل وطئ الزوج بطل نكاحها لوجوب العدة عن المولى (وكذا) اى لو زوجها (العبد) بغير اذن المولى ثم عتق نفذ لان توقفه كان لحق السيد وقد زال وكذا لو باعه فاجاز المشترى (ولا خيار لها) للعتق لان النفوذ بعد العتق وبعد النفاذ لم يزد عليها ملك فلم يوجد سبب الخيار فلا يثبت كما لو تزوجت بعد العتق (والمسمى) من المهر وان زاد على مهر المثل (للسيد

ان وطئت) المنكوحة بلا اذن (قبل العتق) لاستيفاء منافع مملوكة المولى والقياس ان يجب مهران بالعقد والوطئ بشبهة وجه الاستحسان ان الجواز استند الى اصل العقد واوجب مهراً آخر اوجب بالعقد مهران وقال الزيلعي يشكل بما ذكر في المهر في تعليل قول الامام في حبس المرأة بعد الدخول برضاها حتى يوفيها مهرها لان المهر مقابل بالكل اى بجميع وطئات توجد في النكاح حتى لا يخلو الوطئ عن المهر فقضية هذا ان يكون لها شئ من المهر بمقابلة ما استوفى بعد العتق ولا يكون الكل للمولى انتهى لكن العقد سبب للمهر ولزومه بالوطئ وكلاهما واقعان في ملك المولى مع عدم الرضاء فكانت الوطئات الواقعة في هذا العقد واقعة في ملك المولى بوقوع سببه فيه فيكون كل المهر له وليس كذلك ما قيس عليه تدبر (ولها) اى المسمى للمنكوحة بلا اذن (ان وطئت بعده) اى العتق لاستيفاء مملوكة لها فوجب البدل لها لكن لو طلقها قبل الدخول يكون نصف المهر للمولى فيلزم ان يكون نصفه ايضا له اذا وطئها بعد العتق الا ان يقال ان المهر قد تم بالوطئ وهو وقد وقع بعد ما خرج عن ملكه فيكون كل المهر لها تدبر (ومن وطئ امة ابنه) اى قنه وكان الاب مسلما مكلفا (فولدت) هذه الامة ولدا (فادعاه) اى الاب الولد سواء ادعى الشبهة اولا (ثبت نسبه منه) اى من الاب وان كذبه الابن صيانة لمائه عن الضياع ولنفسه عن الزناء هذا اذا كانت في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى اذا كانت في ملكه وقت العلوق فباعها ثم ردت بخيار او فساد ثم ادعاه لم يثبت الا اذا صدقه الابن كما في الظهيرية وانما قيدنا بالمسلم والمكلف لان دعوة الكافر والعبد والمجنون لا تصح وانما فسرنا الامة بالقنة لان دعوة ولد مكاتبته وام ولده ومدبرته لم تصح مع ان الامة شاملة لهن كما قررناه آنفا (ولزمه) اى الاب (قيمتها) اى الامة صيانة لمال الولد مع حصول مقصود الاب وعلل صدر الشريعة لئلا يكون الوطئ حراما فتجب قيمتها انتهى لكن ان هذا الدليل يقتضى عدم وجوب العقر فيما اذا وطئ الاب جارية ابنه غير معلق مع انهم صرحوا بوجوب العقر وهذا ينفى الاباحة تدبر (لا مهرها) اى لا يلزم عقرها لان الوطئ وقع في ملكه (ولا قيمة ولدها) لانه انعلق حرا لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد (وتصير) تلك الامة (ام ولده) لثبوت النسب منه (والجد) الصحيح (كالاب) في جميع ما ذكر (بعد موته) اى الاب ولو حكما كما اذا كان كافرا او رقيقا او مجنونا ولو قال عند عدم ولايته لكان شاملا لها حقيقة تدبر (لا قبله) ولا حاجة اليه لانه يفهم من بعد موته بل هو مستدرك تدبر (وان زوج امته اباه) والاولى وان زوجها ابوه لشمول ما اذا كانت الجارية لولده الصغير فتزوجها الاب فان النكاح صحيح ولا تصير ام ولده كما في الخانية (جاز) النكاح لانها ملك الغير حقيقة وقوله صلى الله تعالى عليه وسلم انت ومالك لابيك مجاز ولان ثبوت الملك للاب متروك بالاجماع كما في المستصفى وعند الثلثة لا يصح نكاحها وعليه العقر لكن اذا لم يصح يلزم ان يكون مالكا لها بملك اليمين فلا يجب عليه العقر تأمل وقال زفر يجوز النكاح وتصير ام ولده اذا جاءت بولد كما في الزيلعي لكن يشكل بلزوم المنافاة بين كونها ام ولد له وصحة النكاح هو يقتضى ملك يمين والنكاح غيره تدبر (وعليه) اى الاب (مهرها) لالتزامه بالنكاح (لا قيمتها) لعدم ملك الرقبة (وان اتت) الامة (بولد) من الاب (لا تصير ام ولد) لان انتقالها الى ملك الاب لصيانة مائه وقد صار مصونا بدونه فلا حاجة اليه (وهو) اى الولد (حر بقرابته) لانه ملك اخاه فعتق عليه كما في الهداية وغيرها والظاهر يقتضى ان الولد علق رقيقا لكن اختلف فيه فقيل يعتق قبل الانفصال وقيل بعد الانفصال وفي الغاية الوجه هو الاول لان الولد حدث على ملك الاخ من حين العلوق فكما ملكه عتق عليه بالقرابة تدبر (حرة قالت لسيد زوجها) اى تزوج عبد حرة باذن مولاه فقالت الزوجة للسيد (اعتقه عنى بالف ففعل فسد النكاح) هذا اذا لم يزد على ما امر به لانه لو زاد عليه بان قال بعتك بالف ثم اعتقت لم يصر مجيبا بل مبتدأ ووقع العتق عن نفسه فلا يفسد

النكاح كما فى البحر وكذا قال رجل تحته امة لمولاها اعتقها عنى بالف ففعل عتقت الامة وفسد النكاح الا ان فى الاولى يسقط المهر وفى الثانية لا (ولزمها الالف والولاء لها ويصح عن كفارتها لونوت به) اى لونوت بهذا الاعتاق عن الكفارة وعند زفر لا يفسد النكاح ويقع الولاء عن المأمور واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن العهدة وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عن الآمر فيصير قوله اعتق طلب التمليك من المولى بالالف ثم امره بالاعتاق عبد الامر عنه وقوله اعتقت تمليكا من الآمر ثم الاعتاق عن الآمر واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافى بين الملكين كما فى الهداية (وان لم تقل) الحرة (بالالف لا يفسد) النكاح (والولاء له) اى للسيد عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) هو يقول هذا والاول سواء فيثبت الملك هنا بطريق الهبة وتستغنى الهبة عن القبض وهو شرط كما يستغنى البيع عن القبول وهو ركن ولهما القبول ركن يحتمل السقوط كما فى التعاطى اما القبض فلا يحتمل السقوط فى الهبة بحال (وللمولى اجبار عبده وامته على النكاح) ومعنى الاجبار ان ينفذ نكاح المولى بغير رضاهما خلافا للشافعى هذا اذا كانا كبيرين وان كانا صغيرين يجوز الاجبار عنده ايضا (دون مكاتبه ومكاتبته) لانهما التحقا بالاحرار فى التصرف فيشترط رضاهما

﴿ باب نكاح الكافر ﴾

والمناسبة ظاهرة بينهما لان الرق اثر الكفر الا ان الكافر ادنى منه والتعبير بالكافر اولى من تعبير بعضهم بنكاح اهل الشرك لانه لا يشمل الكتابى (واذا تزوج كافر بلا شهود او فى عدة كافر) آخر لانها لو كانت فى عدة مسلم فسد النكاح بالاجماع (و) الحال ان (ذلك جائز فى دينهم) قيد به لانهم لو لم يدينوا جوازه لم يقرا عليه فى الاسلام (ثم اسلما اقرا) اى تركا (عليه) اى على ذلك النكاح ولم يجدد عند الامام وهو الصحيح لان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم غير مخاطبين بالفروع ولا حقا للزوج لانه لا يعتقدها (خلافا لهما فى العدة) لان النكاح فى العدة حرام بالاجماع بخلاف النكاح بغير شهود وهم لم يلتزموا احكامنا بجميع اختلافاتها لكن فيه كلام قد قررناه فى اول كتاب النكاح تتبع وقال زفر النكاح فاسد فى الوجهين لان اهل الذمة تبع لاهل الاسلام وهم لا يجوز نكاحهم بغير شهود وفى عدة غير وكذا اهل الذمة وفى النهاية هذا اذا كانت المرافعة او الاسلام قبل انقضاء العدة واما بعد انقضائها فلا يفرق اتفاقا (ولو تزوج المجوسى محرمه) كامه واخته ونحوهما من المحارم (ثم اسلما) معا (او احدهما فرق بينهما) بالاجماع لعدم المحلية فيستوى فيه الابتداء والبقاء فكما لا يجوز ابتداء فى الاسلام فكذا لا يجوز بقاء فيه (وكذا) يفرق بينهما (لو ترافعا) اى المحرمان (الينا) اى عرضا امرهما الينا وهما على الكفر وفيه اشارة الى انهما لا تبين بلا تفريق القاضى لكن فى المنية تبين (وبمرافعة احدهما لا يفرق) عند الامام اذ بمرافعة احدهما لا يبطل حق الآخر لعدم التزامه احكام الاسلام وليس لصاحبه ولاية التزامه بخلاف ما اذا اسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى (خلافا لهما) اى يفرق عندهما بمرافعة احدهما كاسلامه وفى الجوهرة وعند ابى يوسف يفرق بينهما وجد الترافع او لا وعند محمد يفرق بينهما ان وجد الترافع (والطفل) الذى لا يعقل الاسلام ولا يصفه فاللام للعهد كما فى القهستانى لكن افتى شمس الائمة السرخسى انه يصير مسلما باسلام احد ابويه وان كان يعبر عن نفسه (مسلم ان كان احد ابويه مسلما) فان قلت كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر قلنا هذا محمول على حالة البقاء بان اسلمت المرأة فجاءت بولد قبل عرض الاسلام على الزوج (او اسلم احدهما) لانه انظر له وهذا اذا لم يختلف الدار بان كانا فى دار الاسلام او فى دار الحرب او كان الصغير فى دار الاسلام واسلم الوالد فى دار الحرب ولو كان الولد فى دار الحرب والوالد

فى دار الاسلام فاسلم لايتبعـــه ولده ولايكون مسلما كما فى التبيين (و) الطفل (كتابى ان كان بين كتابى ومجوسى) لان فيه نوع انظر له حتى فى الاخرة بنقصان العقاب فان المجوسى ومثله من اهل الشرك شر من الكتابى (ولو اسلمت زوجة الكافر) كتابيا اولا (او زوج المجوسية) وانما قيد بها لانهـــا ان كانت كتابية فلا عرض ولاتفريق (عرض الاسلام على الاخر) فلو كان من يعرض عليه صغيرا لايعقل الاديان ينتظر عقله لان له غاية معلومة ولو كان مجنونا لاينتظر بل يعرض على ابويه فايهما اسلم بقى النكاح لانه يتبع المسلم منهما كما فى الفتح وقال الشافعى لايعرض وتبين المرأة فى الحال ان كان الاسلام قبل الدخول وبعده يتوقف على مضى العدة (فان اسلم) اى من اعرض له الاسلام (فهى) اى المرأة المسلمة (له والا) اى وان لم يسلم (فرق بينهما) اى فرق القـــاضى باباءه عن الاسلام وفى الكنز اذا اسلم احد الزوجين يعرض الاسلام على الاخر وقال الزيلعى هذا على اطلاقه يستقيم فى المجوسيين واما اذا كانا كتابيين فان اسلمت فهى كذلك وان اسلم فلا يتعرض لها وكذا اذا كانت هى كتابية والزوج مجوسيا لكن صاحب الكنز قال بعد عدة اسطر ولو اسلم زوج الكتابية بقى نكاحهما فعلم منه ان المراد ههنا ما لايمكن اجتماعهما باسلام احدهما وكفر الاخر فيستقيم الكلام تدبر (فان ابى الزوج) الكافر عن الاســلام (فالفرقة طلاق) ولو كان الزوج صغيرا عند الطرفين حتى ينقضى به عدد الطلاق وبه يفتى كما فى المطلب وعليه النفقة والسكنى مادامت فى العدة لان الفرقة جاءت بسبب من جهة الزوج وهو اباؤه عن الاسلام وذلك منه تفويت الامساك بالمعروف فتعين التسريح بالاحسان والاحسان بالتسريح ان يوفيها مهرها ونفقة عدتها كما فى المبسوط (خلافا لابى يوسف) فان عنده لاتكون طلاقا بل فسخا حتى لاينتقص به عدد الطلاق (لاان ابت هى) اى لاتكون الفرقة طلاقا ان ابت المجوسية لان الطلاق لايكون من النساء حتى ينوب القاضى منابها (ولها المهر) سواء كان الاباء من قبله او من قبلها (لو بعد الدخول) لتأكـــده بالدخول (والا) اى وان لم يكن الاباء بعد الدخول بل قبله (فنصفه لو ابى) الزوج لان التفريق هنـــا طلاق قبل الدخول (ولاشئ لو ابت) لوجود الفرقة من قبلها كالمطاوعة لابن زوجهـــا (فلو كان ذلك) اى اسلام زوجة الكافر او زوج المجوسية (فى دارهم لاتبين حتى تحيض ثلثـــا) ان كانت ممن تحيض فلو كانت ممن لاتحيض لصغر او كبر فلا تبين الا بمضى ثلثة اشهر ولو قال لاتبين الا بمضى العدة او بمضى مقدار الطلاق لكان اولى لانه شامل لوضع الحمل (قبل اسلام الاخر) لان الاسلام ليس سببا للفرقة وعرض الاسلام متعذر لقصور الولاية ولابد من الفرقة رفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضى الحيض مقام السبب كما فى حفر البئر وهذه الحيض لاتكون عدة ولهذا يستوى فيها المدخول بها وغيرها ثم تنظر ان كانت الفرقة قبل الدخول فلا عدة عليها وان بعده فكذا عند الامام وعندهما تجب عليها العدة (وان اسلم زوج الكتابية بقى نكاحها) لانه يجوز له التزوج بها ابتداء فالبقاء اولى (وتباين الدارين سبب للفرقة) لان مع التباين حقيقة وحكما لاانتظام مصالح النكاح ومع التباين لاينتظم فشابه المحرمية وقال الشافعى رحمه الله تعالى سبب الفرقة السبى دون التباين (لاالسبى فلو) تفريع لقوله وتبـــاين الدارين (خرج احدهما الينـــا مسلما) او ذميا او اسلم او عقد الذمة فى دار الاسلام (او اخرج) احدهما الينا مسبيا (بانت) زوجتـــه لتباين الدارين (وان سبيا معـــا) تفريع لقوله لا السبى (لا) تبين عندنا لعدم تباين الدارين خلافا للشـــافعى (ومن هاجرت الينا) مسلمة او ذمية اى تركت ارض الحرب الى ارض الاسلام (بانت) من زوجهـــا (فلا عدة عليها) عند الامام اذا لم تكن حاملا وان كانت حاملا لاتنكح قبل الوضع وهو الصحيح وعنه انه يجوز النكاح ولايقربها الزوج حتى تضع حملها (خلافا لهما) لان الفرقة وقعت بالدخول فى دار الاسلام فيلزم حكم الاسلام وله ان العدة لحرمة ملك النكاح وبتباين الدارين لم يبق النكاح فلا تجب

العدة ثمرة الخلاف تظهر في ان الحربية اذا دخلت دار الاسلام لم يلزم الحربي ولدها لعدم العدة عنده الا ان تأتي به لاقل من ستة اشهر وعندهما يلزم الى سنتين لقيام العدة لكن المعول عليه في عدم وجوب العدة كونها تحت كافر لا غير كما في الكافي قيد بالمهاجرة لانه لو هاجر زوجها لا تجب العدة عليها اتفاقا (وارتداد احد الزوجين) اى تبدل اعتقاد الاسلام بالكفر حقيقة على احدهما كما اذا تمجس او تنصر او حكما كما اذا قال بالاختيار ما هو كفر بالاتفاق (فسخ) اى رفع لعقد النكاح حتى لا ينتقض به عدد الطلاق سواء كانت موطوءة او غيرها (في الحال) بدون القضاء عند الشيخين وقال الشافعي ان كانت الردة بعد الدخول لا تبين منه حتى تمضي ثلثة قروء وان قبل الدخول تبين في الحال (وعند محمد ارتداد الرجل طلاق) هو يعتبره بالاباء وابو يوسف مر على اصله في الاباء وهو ان اباء الزوج ليس بطلاق فكذا الردة وابو حنيفة رحمه الله تعالى فرق بينهما ووجهه ان الردة منافية للنكاح والطلاق رافع فتعذرت الردة ان يجعل طلاقا بخلاف الاباء قيد بردته لان ردتها فسخ اتفاقا لان بعض مشايخ بلخ وسمرقند كانوا يفتون بعدم وقوع الفرقة حسما لباب المعصية وعامتهم يقولون يقع الفسخ ولكن يجبر على النكاح لزوجها الاول بعد الاسلام وهو ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المقصود يحصل بذلك ومشايخ بخارى كانوا على هذا وفي الجوهرة وتجبر على الاسلام وتعذر بخمسة وسبعين سوطا وليس لها ان تتزوج الا بزوجها الاول ولكل قاض ان يجددينهما بمهر يسير ولو دينار رضيت او ابت كما في المنية لكن ان ارتد الزوج لا تجبر على النكاح بعد اسلامه وفي القهستاني لا ردة للطفل اذ لا اعتقاد له بخلاف ابائه وقال بعض المشايخ ان ردته صحيحة كابائه (وللموطوءة المهر) اى كل المهر من المسمى ومهر المثل سواء ارتد او ارتدت لانه تأكد بالدخول فلا يتصور سقوطه (ولغيرها) اى الموطوءة المذكورة (نصفه) اى المهر (ان ارتد) الزوج لان الفرقة من جهته قبل الدخول توجب نصف المهر هذا اذا كان مسمى والا فعليه المتعة (ولا شيء لها) من المهر والنفقة سوى السكنى (ان ارتدت) الزوجة لان الفرقة من قبلها (وان ارتدا معا واسلما معا) يعني لم يعلم ان ايهما اول ارتدادا واسلاما (لا تبين) وهما على نكاحهما استحسانا لما روى ان بني حنيفة ارتدوا في زمن ابي بكر رضي الله تعالى عنه ثم اسلموا فلم يأمرهم بتجديد النكاح وقال زفر والثلثة تبين منه قياسا لان الردة تنافي النكاح وردة احدهما توجب الفرقة فردتهما اولى (وان اسلما متعاقبا بانت) فان اسلام احدهما اذا تقدم بقي الآخر على ردته فيتحقق الاختلاف وعند الثلثة تبين باسلامها قبل اسلامه وفي عكسه لا (ولا يصح تزوج المرتد ولا المرتدة احدا) لاجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين

﴿ باب القسم ﴾

هو بفتح القاف وسكون السين لغة قسمة المال بين الشركاء وتعيين انصبائهم وشرعا تسوية الزوج بين الزوجات في المأكول والمشروب والملبوس والبيتوتة لا في المحبة والوطئ ولهذا قال (يجب على الزوج ولو مريضا او مجبوبا او خصيا او عنينا او غيرهم (العدل فيه) اى في القسم (بيتوتة) وكذا في المأكول والمشروب والملبوس والمراد بقوله يجب العدل عدم الجور لا التسوية فانها ليست بواجبة بين الحرة والامة كما سيأتي (لا وطئه) لانه يبتني على النشاط وهو نظير المحبة فلا يقدر على اعتبار المساواة فيه قال بعض اهل العلم ان تركه لعدم الداعية فهو عذر وان تركه مع الداعي اليه لكن داعيته الى الضرة اقوى فهو مما يدخل تحت قدرته وان ادى الواجب منه لم يبق لها حق ولم تلزمه التسوية. واعلم ان ترك جماعها مطلقا لا يحل له وقد صرحوا بان جماعها احيانا واجب ديانة لكن لا تدخل تحت القضاء والالزام الا الوطئة الاولى (والبكر والثيب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية فيه) اى القسم (سواء) وكذا المريضة والصحيحة والحائض والنفساء والحامل والحائل والرتقاء والمجنونة التي لا تخاف منها والصغيرة التي يمكن وطئها والمحرمة والمولى منها والمظاهر منها وعند الائمة الثلثة يقيم عند البكر الجديدة في اولها سبع ليال وعند الثيب الجديد ثلثا ثم يدور

بالتسوية بعد ذلك والحجة عليهم قوله عليه الصلاة والسلام من كانت له امرأتان فمال لاحدهما في القسم جاء يوم القيمة وشقه مائل اى مفلوج وعن عائشة رضى الله تعالى عنها ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة وفي المنح وغيره ولو اقام عند واحدة شهرا في غير سفر ثم خاصمته الاخرى يؤمر بالعدل بينهما في المستقبل وهدر ما مضى وان اثم به وان عاد الى الجور بعد نهى القاضى اياه عزر لكن بالضرب لا بالحبس وفي البحر القسم عند تعدد الزوجات فمن له امرأة واحدة لا يتعين حقها في يوم من كل اربعة في ظاهر الرواية ويأمر بان يصحبها احيانا على الصحيح ولو كانت له مستولدات واماء فلا قسم ويستحب ان لا يعطلهن وان يسوى بينهن في المصاحبة (وللامة والمكاتبة والمدبرة وام الولد نصف الحرة) فللحرة الثلثان من القسم وللامة وغيرها الثلث وبذلك ورد الاثر هذا في البيتوتة بخلاف النفقة والكسوة والسكنى فان الائمة اتفقوا على التسوية بينهما فيها وقال الزيلعي وفيه نظر فانهم صرحوا بان في النفقة يعتبر حالهما على المختار فكيف يدعى الاتفاق على التسوية فيها انتهى لكن مرادهم التسوية في نفس الانفاق لا التسوية في الكيفية والكمية فانه كما يعطى للحرة نفقة مرتين في يوم كذلك للامة وكما يعطى لها خبز واحد كذلك للامة غايته انه يجوز التفرقة بينهما بالمتخذ من الحنطة او الشعير وهو امر ظاهر وعلى هذا حال الكسوة تأمل ولو اختصر بالامة لكان اخصر لان الامة شاملة لهن كما قررناه (ولا قسم في السفر فيسافر) الزوج (بمن شاء) منهن (والقرعة احب) تطييبا لقلوبهن وعند الشافعي القرعة واجبة (وان وهبت قسمها لضرتها صح) والهبة هنا مجاز عن العطية (ولها) اى للواهبة (ان ترجع) عن هبتها في المستقبل لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط وفيه اشعار بانها لو جعلت لزوجها مالا او حطته من مهرها ليزيد قسمها كان لها الرجوع بما اعطته وكذا لو زاد الزوج في مهرها ليجعل يومها لغيرها لانه رشوة وهي حرام كما في الغاية

﴿كتاب الرضاع﴾

اخره عن النكاح لانه كالفصل من بعضه وهو كالرضاعة بفتح الراء وكسرها وانكرها الاصمعي الكسر مع الهاء لغة شرب اللبن من الضرع او الثدي وشريعة (هو مص الرضيع) حقيقة او حكما للبن خالص او مختلط غالبا تعبيره بالمص جرى على الغالب فان المراد وصول اللبن الى جوفه من فمه او انفه فلا فرق بين المص والصب والسعوط هذا اذا علم ان اللبن وصل اليه والا لم تثبت الحرمة لان في المانع شكا كما في اكثر الكتب (من ثدي الادمية) لا حاجة اليها لان الثدي مختص بآدم (في وقت مخصوص) واحترز بمص الرضيع عن مص غيره كما اذا وقع بعد الفطام وبقوله من ثدي عما اذا مص من غيرها واراد بقوله في وقت مخصوص احتراز عن المص في غيره فانه تحرم ولا يخفى ان هذا قد حصل من قوله مص الرضيع الا ان يقال ان امثال ذلك قد يذكر تحقيقا وتوضيحا لما علم ضمنا تدبر (ويثبت حكمه) اى الرضاع وهو حل النظر وحرمة المناكحة (بقليله) ولو قطرة (وكثيره) وهو مذهب جمهور العلماء لاطلاق النص والاحاديث وهذا حجة على الشافعي فانه شرط خمس رضعات مشبعات فلا يتحقق عنده في اقلها وما رواه وهو لا تحرم المصة ولا المصتان مردود بالكتاب او منسوخ به (في مدته) اى رضاع (لا بعدها) اى المدة (وهي) اى مدته (حولان ونصف) اى ثلثون شهرا من وقت الولادة عند الامام فان كانت الولادة في اول شهر يعتبر بالاهلة وان كانت في اثنائها يعتبر كل شهر ثلثون يوما وقيل يثبت الرضاع الى خمس عشر سنة وقيل الى اربعين سنة وقيل الى جميع العمر وعند زفر ثلثة احوال (وعندهما حولان) وهو قول الشافعي وعليه الفتوى كما في المواهب وبه اخذ الطحاوى وفي الحاوى ان خالفاه قال بعضهم يؤخذ بقوله وقيل يخير المفتي والاصح ان العبرة لقوة الدليل ولا يخفى قوة

دليلهما كما حقق فى المطولات لكن المصنف اختار الاول لان الاحتياط اولى خصوصا قبل التزوج ثم مدة الرضاع اذا مضت لم يتعلق به تحريم لقوله عليه والسلام لا رضاع بعد الفصال ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا فى رواية عن الامام اذا استغنى عنه وذكر الخصاف انه اذا فطم قبل مضى المدة واستغنى بالطعام لم يكن رضاعا وان لم يستغن تثبت به الحرمة وهو رواية عن الامام وعليه الفتوى كما فى التبيين لكن فى الفتح وغيره الفتوى على ظاهر الرواية وهو ثبوت الحرمة مطلقا فطم اولا وترجيح ظاهر الرواية وهو المذهب اولى خصوصا فى مقام الاحتياط وفى شرح المنظومة الارضاع بعد مدته حرام لانه جزء الادمى والانتفاع به بغير ضرورة حرام على الصحيح واجاز البعض التداوى به لانه عند الضرورة لم يبق حراما (فيحرم به) اى بالرضاع (ما يحرم من النسب) لقوله عليه الصلوة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (الا جدة ولده) وان علت لان جدة ولده نسبا ام موطوءته ولا كذلك من الرضاع وفى الاصلاح لا حاجة الى الاستثناء بل لا وجه له لان ما لا يحرم من الرضاع فى الصور المستثناة لا يحرم من النسب ايضا والحرمة الموجودة فيها انما هى من جهة المصاهرة لا من جهة النسب ولذلك ورد تلك الكلية فى الحديث بلا استثناء وقد قررناه فى النكاح تأمل وهذا اولى من عبارة الوقاية وغيرها وهى جدة ابنه لان الولد يشمل الذكر والانثى مع ان الحكم فى كليهما واحد (واخت ولده) فان اخت الولد من النسب اما البنت او الربيبة وقد وطئت امها ولا كذلك من الرضاع قيل لا حصر فيه لانه اذا ثبت النسب من اثنين كما فى دعوة الشريكين ولد الامة المشتركة وكان لكل واحد منهما بنت من امرأة اخرى كانت تلك البنت اخت الابن نسبا مع انها ليست بنته ولا ربيبته حتى جاز لكل واحد منهما ان يتزوج بنت الاخر كما فى الباقانى وغيره لكن المراد باخت الولد هى اخت الولد الذى اختص باب واحد غير مشترك بين اثنين كما هو المتبادر عند الاطلاق لانه الكامل فلا يتوجه المنع على الحصر الناظر الى الافراد الكاملة المشهورة بالفرد الناقص النادر تأمل (وعمة ولده) لان عمة ولده نسبا اخته ولا كذلك من الرضاع (وام اخيه او اخته) فان ام الاخ والاخت من النسب هى الام او موطوءة الاب وكل منهما حرام ولا كذلك من الرضاع وهى شاملة لثلاث صور الاولى الام رضاعا للاخت او الاخ نسبا كان يكون لرجل اخت من النسب ولها ام من الرضاعة حيث يجوز له ان يتزوج ام اخته من الرضاع والثانية الام نسبا للاخت او الاخ رضاعا كان يكون له اخت من الرضاعة ولها ام من النسب حيث يجوز له ان يتزوج ام اخته من النسب والثالثة الام رضاعا للاخت او الاخ رضاعا كان يجتمع الصبى والصبية الاجنبيان على ثدى امرأة اجنبية وللصبية ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك ان يتزوج ام اخته من الرضاعة كما فى الدرر (وام عمه او عمته او خاله او خالته) فان ام الاولين موطوءة الجد الصحيح وام الاخرين موطوءة الجد الفاسد ولا كذلك من الرضاع ولا تنس الصور الثلث التى ذكرها صاحب الدرر فى جميع ما ذكر (والا اخا ابن المرأة لها رضاعا) اى لا يحرم اخ ابن المرأة لها اذا كان من الرضاع وفى شرح الوقاية ان هذا مكرر لانه ذكر ام الاخ ولما كانت المرأة ام اخ الرجل كان الرجل اخا لابن تلك المرأة تأمل (وقس عليه) باقى الصور التى يمكن استثناؤها (وتحل اخت الاخ رضاعا) اى من حيث الرضاع (ونسبا) يشمل اربع صور لان كلا من الاخت والاخ اما ان يكون رضاعا او نسبا او بالعكس والكل حلال فمثل بقوله (كاخ من الاب له اخت من امه تحل) هذه الاخت (لاخيه من ابيه) صورة نسبية لانها اذا كانت حلالا كان حل اخت الاخ رضاعا اولى هذا قد علم مما سبق من قوله فيحرم منه ما يحرم من النسب الا انه ذكر توطئة لما بعده (ولا حل بين رضيعى ثدى) اى بين من اجتمعا على الارتضاع من ثدى فى وقت مخصوص لانهما اخوان من الرضاع وان كان اللبن من الزوجين فهما اخوان لام او اختان لام وان كان لرجل واحد فاخوان لاب وام او اختان لهما واراد بالرضيعين الصبى والصبية فغلب المذكر على المؤنث فى التثنية كالقمرين (وان) وصلية (اختلف زمانهما) اى سواء ارضعتهما فى زمان واحد او فى ازمنة

متباعدة لان امهما واحدة (ولا) حل (بين رضيع وولد مرضعته) بكسر الضاد ويقال امرأة مرضع ومرضعة (وان) وصلية (سفل) لانه اخوه والسافل ولد اختها من الرضاع ولا حل بين رضيع (وولد زوج ابنها) اى ابن المرضعة (منه) اى من الزوج بان نزل بوطئه (فهو) اى ذلك الزوج (اب للرضيع وابنه) اى ابن زوج المرضعة (اخ) للرضيع وان كان من امرأة اخرى (وبنته اخت) للرضيع وان كانت من امرأة اخرى وابوه جد وامه جدة (واخوه عم) له (واخته عمته) له هذه مسئلة لبن الفحل يتعلق به التحريم قاله عامة العلماء الا نفرا يسيرا وهو احد قولى الشافعى وصورته ان ترضع المرأة صبيته فتحرم هذه الصبية على زوجها صاحب اللبن وعلى آبائه وابنائه كما فى النسب حتى لو كان لرجل امرأتان وولدتا منه فارضعت كل واحدة منهما صغيرا صارا اخوين لاب فان كان احدهما انثى لا يحل مناكحة الاخر وان كانا انثيين لا يحل الجمع بينهما ولا يحل لهذا الرضيع امرأة وطئها الزوج ولا للزوج امرأة وطئها الرضيع واعلم ان المذكور وان علم مما سبق كما قررناه آنفا الا انه ذكره ههنا اهتماما لزيادة ضبطه وفى المطلب ولبن الزنا كالحلال فاذا ارضعت به بنتا حرمت على الزانى وآبائه وابنائه وابناء ابنائهم وان سفلوا (ولا حرمة لو رضعا) اى الرضيعان (من الشاة) وما فى معناها لان حرمة الرضاع مختصة بلبن الانسان بطريق الكرامة (او رضعا (من رجل) فانه ليس بلبن حقيقة لانه يتولد ممن يتصور منه الولادة ولبن الخنثى ان كان واضحا فواضح وان اشكل فان قالت النساء انه لا يكون على غزارته الا لامرأة تعلق به التحريم احتياطا وان لم يقلن ذلك لم يتعلق به تحريم كما فى الجوهرة (ولا) حرمة (فى الاحتقان بلبن المرأة) فى ظاهر الرواية لانه ليس مما يتغذى به وعن محمد انه تثبت به الحرمة (ولبن البكر) وهى بنت تسع سنين فصاعدا (و) اللبن (الميتة محرم) بكسر الراء حتى انه لو حلب بعد الموت وشرب صبى او ارتضع من ثديها حرم لانه لبن حقيقة فيتناوله النص وقال الشافعى لا يحرم لان الاصل فى حرمة الرضاع ذات اللبن وبالموت لم تصر محلا لها ولهذا لا تجب بوطئها حرمة المصاهرة (وكذا الاستعاط) والوجور لان به يصل اللبن الى الجوف على وجه يحصل به الغذاء السعوط بالفتح الدواء يصب فى الانف والوجور الدواء الذى يوجر فى وسط الفم واما اقطار اللبن فى الاذن والاحليل والجائفة والآمة فغير محرم (واللبن المخلوط بالطعام لا يحرم) مطلقا عند الامام لان الطعام يسلب قوة اللبن ولا يكتفى الصبى بشربه والتغذى يحصل بالطعام اذ هو الاصل فكان اللبن تبعا له وان كان غالبا قيل قول الامام اذا لم يتقاطر اللبن فان تقاطر تثبت به الحرمة عنده وفى الخانية هذا اذا اكل الطعام لقمة لقمة وان حساه حسوا تثبت الحرمة عنده وقيل لا تثبت بكل حال واليه مال السرخسى وهو الصحيح كما فى اكثر الكتب (خلافا لهما عند غلبة اللبن) اعتبارا للغالب لان المغلوب كالمعدوم هذا اذا كان غير المطبوخ واما فى المطبوخ فغير محرم بالاجماع وكذا ان لم يكن غالبا (ويعتبر الغالب لو خلط) اللبن (بماء او دواء او لبن شاة) لان المغلوب لا يظهر حكمه فى مقابلة الغالب والحكم فيه الحرمة عند تساويهما احتياطا كما فى الغاية وفيه خلاف الشافعى فيما اختلط بالماء (وكذا) يتعلق التحريم بالغلبة (لو خلط) لبن امرأة (بلبن امرأة اخرى) عند ابى يوسف والغلبة فى الجنس الاجزاء وفى غيره ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة عند محمد وان غير لا وقال ابو يوسف ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غير احدهما دون الآخر يكون رضاعا كما فى الكفاية (وعند محمد تتعلق الحرمة بهما) لان الجنس لا يغلب الجنس وعن الامام روايتان فى رواية اعتبر الغالب كما هو قول ابى يوسف وبه قال الشافعى وفى رواية تثبت الحرمة منهما كما هو قول محمد وزفر ورجح بعض المشايخ قول محمد وفى الغاية هو اظهر واحوط وقيل انه الاصح (وان ارضعت) امرأة رجل (ضرتها) حال كونها رضيعة (حرمتا) على ذلك الرجل لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا

وفيه اشعار بانه لو تزوج صبيتين ثم ارضعتهما امرأة اجنبية معا او واحدة بعد اخرى حرمتا عليه ولو تزوج صغيرة ثم طلقها وتزوج كبيرة ثم ارضعتها بلبنه او لبن غيره حرمت عليه مؤبدة لانها صارت ام امرأته كما في المحيط (ولا مهر للكبيرة ان لم توطأ) لمجئ الفرقة من قبلها بلا تأكد المهر وله ان يتزوج الصغيرة حينئذ ثانيا لانتفاء ابوته بلا دخول بالام وفيه اشعار بان بعد الوطئ لها كمال المهر مطلقا ولا يتزوج الصغيرة حينئذ وفي الاختيار او ارضعت زوجة الاب امرأة ابنه تحرم عليه لانها صارت اخته من الاب (وللصغيرة نصفه) اى المهر ان كان لها مسمى او نصف المتعة ان لم يكن مسمى لان الفرقة ليست من قبلها ولا اعتبار باختيارها الارتضاع لانها مجبولة عليه طبعا (ويرجع) الزوج (به) اى بنصف المهر الذى اعطاه للصغيرة (على الكبيرة ان علمت بالنكاح وقصدت الفساد) من غير حاجة لانها مسببة للفرقة والمسبب لا يضمن الا بالتعدى كحافر البئر (لا) يرجع (ان لم تعلم به) اى بالنكاح (او قصدت دفع الجوع والهلاك) عنها لانها مأمورة بذلك (او لم تعلم انه) اى ارضاع الصغيرة (مفسد) لعدم التعدى واعتبر الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم وفيه اشعار بان الكبيرة لو كانت مكرهة او نائمة او معتوهة او مجنونة لم يرجع الزوج على الكبيرة وكذا لو اخذ رجل من لبنها وصب فى فم الصغيرة لم يرجع عليها بل عليه ان قصد الفساد كما فى المحيط وقال الشافعى يرجع عليها مطلقا وفى الدرر امرأة لها ابن من الزوج وطلقها وتزوجت باخر وحبلت منه ونزل اللبن فارضعت فهو من الاول حتى تلد منه عند الامام فاذا ولدت فاللبن يكون من الثانى وفيه اشعار بانه اذا لم تلد زوجته قط او يبس لبنها ثم نزل لا يحرم رضيعها على ولده من غيرها (والقول قولها) مع يمينها (فيه) اى فى عدم قصد الفساد (وانما يثبت الرضاع بما يثبت به المال) اى بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان فى اثباته زوال ملك النكاح فلا يقبل الا بالبينة او بالتصادق وقال الشافعى يقبل بشهادة اربع من النساء وقال مالك بامرأة موصوفة بالعدالة و فى التنوير هل يتوقف ثبوت الرضاع على دعوى المرأة الظاهر انه لا يتوقف على الدعوى كما فى الشهادة بطلاقها (ولو قال) الزوج مشيرا الى زوجته سواء كان قبل النكاح او بعده (هذه اختى) او امى او بنتى (من الرضاع ثم ادعى الخطأ صدق) الزوج فى دعواه لانه اقر بما يجرى فيه الغلط فكان معذورا وقال الشافعى لا يصدق بل يفرق بينهما هذا اذا لم يصر اما لو ثبت على قوله وقال هو حق كما قلت ثم تزوجها فرق بينهما وان اقرت ثم اكذبت نفسها وقالت اخطأت وتزوجها جاز كما لو تزوجها قبل ان تكذب نفسها لان الحرمة ليست اليها ولو اقرا جميعا ثم اكذبا نفسهما وقالا اخطأنا ثم تزوجها جاز وكذا فى النسب كما فى الخانية

﴿كتاب الطلاق﴾

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا اخره وضعا ليوافق الوضع الطبع وانما ذكرت كتاب الرضاع بينهما المناسبة بين الرضاع و الطلاق من جهة ان كلا منهما يوجب الحرمة الا ان ما بالرضاع يوجب حرمة مؤبدة فقدمه على ما يوجب حرمة ليست بمؤبدة بل مغياة بغاية معلومة والطلاق اسم بمعنى المصدر من طلق الرجل امرأته تطليقا كالسراح والسلام من التسريح والتسليم او مصدر طلقت بضم اللام وفتحها طلاقا وعن الاخفش نفى الضم وفى ديوان الادب انه لغة وسببه الحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وشرطه كون الزوج مكلفا والمرأة منكوحة او فى عدة تصلح معها محلا للطلاق وحكمه وقوع الفرقة مؤجلا بانقضاء العدة فى الرجعى و بدونه فى البائن وركنه نفس اللفظ ومحاسنه منها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية ومنها جعله بيد الرجال لا النساء وشرعه ثلثا واما وصفه فالاصح خطره الا لحاجة كما فى الفتح وهو فى اللغة عبارة عن رفع القيد مطلقا يقال اطلق الفرس والاسير ولكن استعمل فى النكاح بالتفعيل و فى غيره بالافعال و لهذا فى قوله لامرأته انت مطلقة بالتشديد لا يحتاج فيه الى النية وبتخفيفها يحتاج كما فى التبيين وفى الشريعة (هو) اى الطلاق

(رفع القيد الثابت شرعا) خرج به القيد الثابت حسا كحل الوثاق (بالنكاح) خرج به رفع قيد غيره كرفع قيد الملك بالعتاق وكذلك خرج به القيد الثابت حسا ولا حاجة بقوله شرعا تدبر واعلم ان هذا التعريف منقوض طردا وعكسا اما طردا فبالفسوخ لانها ليست بطلاق فقد وجد الحد ولم يوجد المحدود واما عكسا فبالطلاق الرجعي فانه ليس فيه رفع القيد فقد انتفى الحد ولم ينتف المحدود والاولى ان يقول رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص كما في الفتح لانه ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحا ولو كان رجعيا لانه طلاق في المآل او كناية كطلقة بالتخفيف وخرج ماعداهما فقول بعضهم رفع قيد النكاح من اهله في محله غير مطرد ايضا لصدقه على الفسوخ واشتماله على ما لاحاجة اليه فان كونه من الاهل في المحل من شرط وجوده لادخل له في حقيقته والتعريف لمجردها ثم اعلم ان الطلاق على قسمين سني وبدعي والسني نوعان سني من حيث الوقت وسني من حيث العدد وهو احسن وحسن والبدعي بدعي من حيث الوقت وبدعي من حيث العدد وبدأ بالاحسن لشرفه فقال (واحسنه) اى احسن الطلاق بالنسبة الى البعض الآخر لانه في نفسه حسن (تطليقها واحدة في طهر لاجماع فيه وتركها حتى تمضي عدتها) لما روى ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبونه لكونه ابعد من الندم واقل ضررا بالمرأة ولم يقل احد انه مكروه اذا كان لحاجة من الناس من قال لايباح الا لضرورة لقوله عليه السلام ان ابغض المباحات عند الله تعالى الطلاق لكن فيه كلام لان كون الطلاق مبغوضا لايستلزم ترتب لازم المكروه الشرعي الا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحي ولايلزم من وصفه بالبغض الكراهة الا اذا لم يصفه بالاباحة وقد وصفه بها لان افعل التفضيل بعض ما اضيف اليه وغاية مافيه انه مبغوض اليه سبحانه ولم يرتب مارتب على المكروه كما في الفتح ودليل نفي الكراهة قوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن وطلاقه عليه الصلاة والسلام حفصة ثم امره سبحانه وتعالى ان يراجعها فانها صوامة قوامة وبه يبطل قول بعض لايباح الا لكبر كطلاق سودة واما ماروى لعن الله كل ذواق مطلاق واشباهه فمحمول على الطلاق لغير حاجة بدليل ماروى من قوله عليه السلام ايما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس اجمعين (وحسنه وهو سني) اى ثابت بالسنة كما في الاصطلاح ولا وجه لتخصيصه لان احسن الطلاق سني ايضا كما في الفتح وغيره لكن الاحسن سني بالاجماع لم يحتج الى التصريح وصرح بكون الحسن سنيا احترازا عن قول مالك انه ليس بسني لا لانه عندنا سني دون الاول تأمل (تطليقها ثلثا في ثلثة اطهار لاجماع فيها ان كانت مدخولا بها) لقوله تعالى فطلقوهن وامره عليه السلام ابن عمر بان يراجع ويطلق لكل قرء واحدة ولابدعة فيما امر هذا حجة على قول مالك انه بدعة ولايباح الا واحدة (ولغيرها) اى لغير المدخول بها (طلقة ولو) كانت الطلقة (في الحيض) وهو سني من حيث العدد ومن حيث الوقت ايضا ولايمنع كونه في الحيض كونه سنيا لان السني من حيث الوقت طلقة في طهر لاوطئ فيه مخصوص بالمدخول بها وفي غيرها لايضر كونه في الحيض لان غير المدخول بها لاتقل الرغبة فيها بالحيض لان الانسان شديد الرغبة في امرأة لم ينل منها فلا يكون اقدامه على طلاقها الا لحاجة بخلاف المدخول بها فان الرغبة فيها تقل بالحيض فلم يوجد دليل الحاجة الى طلاقها وقال زفر يضر ويكره في الحيض قياسا على المدخول بها وفي الهداية وغيرها ويستوى من حيث العدد المدخول بها وغير المدخول بها انتهى لكن الاستواء بينهما مطلقا متعذر فان السنة من حيث العدد في المدخول بها يثبت بقسمين ان يطلقها واحدة وان يلحقها باخريين عند الطهرين ولايتصور ذلك في غير المدخول بها اذ لاعدة لها كما سيأتي تأمل (والآيسة والصغيرة والحامل يطلقن للسنة عند كل شهر واحدة) لان الاشهر قائمة مقام الحيض في الاصح وينبغي ان يطلقها في غرة الشهر حتى يفصل بين كل تطليقتين بشهر بالاتفاق (وعند محمد وزفر (لاتطلق الحامل للسنة الا واحدة) لان مدة حملها طهر واحد فلا يصلح للتفريق كالطهر الممتد ولهما ان الحامل لاتحيض مدة حملها فصارت كالآيسة بخلاف الممتد طهرها (وجاز طلاقهن)

اى الآيسة والصغيرة والحامل (عقيب الجماع) لان الكراهة فى ذوات الحيض لتوهم الحبل
وهو مفقود هنا واعلم ان البدعى على نوعين بدعى لمعنى يعود الى العدد و بدعى لايعود الى الوقت
وقد بدأ بالاول فقال (وبدعية) اى بدعى الطلاق عددا (تطليقها ثلثا وثنتين بكلمة واحدة)
مثل ان يقول انت طالق ثلثا وثنتين وهو حرام حرمة غليظة وكان عاصيا لكن اذا فعل بانت
منه وعند الشافعى هو مباح واعلم ان فى الصدر الاول اذا ارسل الثلاث جملة لم يحكم الا بوقوع
واحد الى زمن عمر رضى الله تعالى عنه ثم حكم بوقوع الثلاث لكثرته بين الناس تهديدا (او فى طهر
واحد لارجعة فيه ان كان مدخولا بها) وقيد بقوله لارجعة لانه ان تخللت الرجعة فلايكره عند
الامام وهو قول زفر وعندهما يكره وان تخلل التزوج بينهما فلايكره بالاجماع وقيد المدخول
بها لانها ان لم تكن فطلقها ثانيا فى طهر لايقع لانها لاتبقى محلا للطلاق لعدم العدة عليها (او فى
طهر جامعها فيه) هذا بدعى الطلاق وقتا وهو تطليقها واحدة فى طهر جامعها فيه لكن عبارته
قاصرة من هذا وفى عطفه على ماسبق صعوبة تدبر (وكذا) بدعية وقتا (تطليقها فى الحيض)
لو كان مدخولا بها اما كون الاول بدعيا فلانه خلاف السنة واما الثانى فلقوله عليه السلام فى حديث
ابن عمر رضى الله عنه قد اخطأ السنة (وتجب مراجعتها) ان طلق المدخولة فى الحيض واو زاد فيه لكان
اولى لانه لو لم يراجعها فيه حتى طهرت تقررت المعصية كما فى الفتح (فى الاصح) عملا بحقيقة الامر ورفعا
للمعصية بالقدر الممكن برفع اثرها وهو العدة (وقيل يستحب) كما فى القدورى لان النكاح مندوب ولاتكون
الرجعة واجبة (فاذا طهرت) المراجع بها عن هذا الحيض (ثم حاضت ثم طهرت طلقها ان شاء)
وان شاء امسكها هكذا ذكر فى الاصل وهو ظاهر الرواية عن الامام وهو قولهما لان حكم الطلاق
الاول لم يضمحل من كل وجه الا ترى انه يجعل هذا طلاقا بائنا فيكون جمعا بالطلاقين فى فصل
واحد وهو مكروه (وقيل) قائله الطحاوى (يجوز ان يطلقها فى الطهر الذى يلى تلك الحيضة)
وفى التحفة قال الكرخى ماذكره الطحاوى قول الامام وماذكر فى الاصل قولهما وماقاله الامام هو
القياس لانه طهر لم يجامعها فيه وقال الاسبيجابى الاول قول الامام وزفر والثانية قول ابى يوسف
وقول محمد مضطرب وفى الفتح الظاهر ان مافى الاصل قول الكل لانه موضوع لاثبات مذهب الامام
الا ان يحكى الخلاف ولم يحك خلافا فيه فلذا قلنا هو ظاهر الرواية عن الامام وبه قال الشافعى
فى المشهور ومالك واحمد وماذكره الطحاوى رواية عنه (ولو قال للموطوءة) وهى من ذوات الحيض
(انت طالق ثلثا للسنة) ولانية له (وقع عند كل طهر) طلقة واحدة لان اللام للاختصاص فالمعنى
الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فيصرف الكامل وهو السنى عددا ووقتا فوجب جعل
الثلاث مفرقا على الاطهار لتقع (واحدة) فى كل طهر كما فى الفتح قيد بالموطوءة لان فى غيرها وان كانت
حائضا وقعت للحال طلقة ثم لايقع عليها شئ مالم يتزوج ثانيا فان تزوجها ثانيا تقع طلقة ثانية
وان تزوجها ثالثا تقع طلقة ثالثة كما فى اكثر المعتبرات فما فى المعراج من وقوع الثلث للحال بالاجماع
سهو ظاهر كما فى البحر وانما قيدنا من ذوات الحيض لانها لو كانت من ذوات الاشهر تقع للحال طلقة
و بعد شهر اخرى و بعد شهر آخر اخرى وكذا الحامل وعند الشافعى يقع الثلاث للحال لانه لابدعة
عنده ولاسنة فى العدد (وان نوى الوقوع جملة) اى وان نوى ان تقع الثلث الساعة او عند كل
شهر واحدة (صحت نيته) خلافا لزفر لان الجمع بدعة فلايكون سنة ولنا انه سنى وقوعا لا ايقاعا
لانا انما عرفنا وقوع الثلاث بالسنة فكان محتمل كلامه فينتظمه عند النية دون الطلاق كما فى الاختيار
والفاظ طلاق السنة على ماروى عن ابى يوسف للسنة وفى السنة ومع السنة وعلى السنة وطلاق
السنة والعدة وطلاق عدة وطلاق العدل وطلاقا عدلا وطلاق الدين والاسلام واحسن الطلاق
واجمله او طلاق الحق او القرآن او الكتاب وكل هذه تحمل على اوقات السنة بلانية لان كل ذلك

امنافهم لهاخاضعين اى ذواج (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ) حراوعبد (واو) كان الزوج
مادام باقيا لكن هذا فيما ل‍قراره بالطلاق لان الاقرار خبر يحتمل للصدق والكذب و قيام آلة
اووضع يده على رأسها فقا‍كذب وكذا اللاعب والهازل بالطلاق لقوله عليه الصلاة والسلام
الرأس طالق واشار الى رأس‍د النكاح والطلاق والعتـاق (او) كان الزوج (سكران) زائل
ربك اى ذاته الكريم (وال‍فه واعتاقه خلافا للشافعى يعنى لايقع فى احد قوليه وهواختيار
جسد فلان يخاص من ذل‍ناع بالقصد الصحيح وليس فيه ذلك كالنائم وهذا لان شرط صحة
وكذا شخصك ونفسك‍ار كزواله بالبنج والدواء ولنـا ان العقل زال بسبب وهو معصية فيجعل
الصلاة والسلام‍رب فصدع رأسه وزال عقله بالصداع لايقع واختلفوا فيما اذا شرب الخمر
على المرأة‍ضرورة فسكر وطلق وفى الخانية الصحيح عدم الوقوع كما لايحد ولوسكر من الانبذة
‍من الحبوب او العسل لايقع عند الشيخين وهو الصحيح كما فى الخانية وعن محمد يقع وفى الاشباه
الفتوى انه ان سكر من محرم يقع ولوزال بالبنج وابن الرماك لايقع وعن الامام انه ان كان يعلم حين
شرب انه بنج يقع والالا وعنهما لايقع من غير فصل وهو الصحيح كما فى البحر وفى الجوهرة ولوسكر
من البنج وطلق امرأته تطلق زجرا وعليه الفتوى انتهى لكن صحح صاحب البحر وغيره عدم
الوقوع كما مر فالاولى ان يتأمل عند الفتوى لانه من باب الديانات (او) كان الزوج (اخرس) يقع
(باشارته المعهودة) فانه اذا كانت له اشارة تعرف فى نكاحه وغيره من التصرفات فهى كالعبارة
من النـاطق استحسانا هذا اذا ولد اخرس او طرى عليه ودام وان لم يدم لايقع كما فى التبيين ونقل
عن المنتقى المريض الذى اعتقل لسـانه لايكون كالاخرس (لا) يقع (طلاق صبى) ولو مراهقا
لفقد اهليـة التصرف (ومجنون) لقوله عليـه الصلاة والسلام كل طلاق جائز الاطلاق الصبى
والمجنون وهذا ذكر ما علم بطريق المفهوم وان كان معتبرا فى الروايات لكنه فى ذكره مصرح بما قوة ظاهرة
وفى التنوير لوطلق الصبى ثم بلغ وقال اجزت ذلك الطلاق لايقع بخلاف ما قال اوقعته فانه يقع
(ونائم) انما لم يقع لانعدام الاختيـار فيه وكذا المغمى عليه والمبرسم والمدهوش والمعتوه وهو اختلال
العقل بحيث يختلط كلامه فيشبه مرة كلام العقلاء ومرة كلام المجـانين (و) لايقع طلاق
(سيد على زوجة عبده) لانه ليس بزوج (واعتبـاره) اى اعتبـار عدد الطلاق (بالنساء)
لابالرجال عندنا وعند الثلاثة اعتباره بالرجال (فطلاق الحرة ثلاث ولو) كان (تحت عبد وطلاق
الامة ثنتـان ولو) كـان (تحت حر) لقوله عليه الصلاة والسلام طلاق الامة ثنتـان وعدتها
حيضتان هذا بحث طويل فليطـالع فى شروح الهداية

﴿باب ايقاع الطلاق﴾

لما ذكر اصل الطلاق ووصفه شرع فى بيان تنويعه من حيث الايقاع لانه لايخلو اما ان يكون بالصريح
واما ان يكون بالكناية والصريح ما كان ظـاهر المراد لغلبة الاستعمال والكناية ما كان مستتر المراد
فيحتـاج فيه الى النية فقـال (صريحه) اى الطلاق (ما استعمل فيه) اى الطلاق (خاصة)
اى حال كونه مخصوصا بالطلاق بين الالفـاظ (ولايحتاج الى نية) لان الصريح موضوع للطلاق
شرعا فكان حقيقـة فيه فاستغنى عن النية حتى لونوى بشىء من ذلك الطلاق عن القيد لايصدق
قضاء لانه خلاف الظاهر ويصدق ديانة لاحتمال كلامه ذلك بخلاف ما اذا صرح وقال انت طالق
من وثاق فلا يقع عليها شىء فى القضاء لانه صرح بما يحتمله اللفظ ولونوى الطلاق على العمل لايصدق
قضاء ولاديانة لعدم استعمال الطلاق فيه لاحقيقة ولامجازا ولوقال انت طالق من هذا العمل يقع
الطلاق قضـاء لاديانة (وهو) اى صريح الطلاق (انت طالق ومطلقـة وطلقتك) بتشديد
اللام فيهما وهذا يدل على ان لاصريح سوى ذلك وليس بمراد والاولى ان يقول كانت طـالق
كما فى الكنز لاشعار الكاف بعدم الحصر تدبر وفى القهستانى وفى المثل يدخل نحو تراطلاغ اوتلاغ

او طلاك بلافرق بين الجاهل والعالم على ماقال الفضلي وان قال ذوات الحيض اتوهم الحبل الابالاشهاد عليه وكذا انت طالق او طلاق باش اوطلاق شو كما بدد و بدعى لايعود الى الوقت معناه فلو لقنه الطلاق بالعربية فطلقها بلاعلم به وقع قضاء كما في الظهيرية ثلثا وثنتين بكلمة واحدة) النبطي بالفارسية يقع ولو تكلم به العربي ولايدريه لايقع وفيه نوع ان ماصبا لكن اذا فعل بانت يريد الزوج الطلاق بهذا اللفظ وان لم يعلم معناه بخلاف الثانية فلاوث جملة لم يحكم الابوقوع اى من هذه الالفاظ ومافى معناها من الفاظ الصريح طلقة (واحدة رجعية) الناس تهديدا (اوفى طهر لافى غيره فكانت صريحة يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى الطلاق الرجعة فلايكره عند الآية فقوله امساك هو الرجعة فالتعبير بالامساك يدل على بقاء النكاح مادام استجماع وقيد المدخول استدامة القائم لا لاعادة الزائل وفى المحيط قال انت طال بترخيم القاف حالة الرضا...ة عليها (اوفى كالكناية ولو قال ياطال يقع وان لم ينو لان الترخيم يجرى كثيرا فى المنادى فصار كانه افصح ...

(وان) وصلية (نوى اكثر) من واحدة لان الطلاق لم يذكر بل ثبوته بطريق الاقتضاء والمقتضى يثبت بقدر الضرورة ولاضرورة فى الاكثر بل تندفع بالاقل المتيقن وقال زفر والائمة الثلثة يقع مانوى وهو قول الامام اولا ثم رجع عنه لان الاكثر محتمل لفظه لان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم وفيه اجوبة واسوئلة فى الاصول وشروح الهداية فليطالع (او) نوى واحدة (بائنة) لانه خالف الشرع حيث قصد بنيتها تنجيز ما علقه الشارع فيلغو قصده (وقوله) معطوف على قوله طلقتك (انت الطلاق وانت طالق الطلاق اوانت طالق طلاقا) وكذا انت مطلقة اوتطليقة اوطلقتك طلاقا او بالفارسية توطلاقى اوترا طلاق طلاقى او توطلاق داده اودادمت طلاق كما فى القهستانى (يقع بكل منها واحدة رجعية وان) وصلية (نوى) بالمصدر (ثنتين اوبائنة) اما وقوع الطلاق باللفظة الاولى فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اى عادل ويكون المعنى انت ذات الطلاق واما بالثانية والثالثة فظاهر لان بذكر النعت وحده وهو طالق يقع فبذكر المصدر معه معرفا اومنكرا اولى فلايحتاج فيه الى النية لانه صريح فيه ويكون رجعيا ولاتصح نية الثنتين لان جنس الطلاق ليس بمثنى الافى الامة فلو نوى به الثنتين فى تطليق الامة يقع ثنتان وقال زفر والشافعى يقع مانوى من الاعداد وزاد فى بعض النسخ الغير المعول عليها قوله (وان نوى بانت طالق واحدة وبطلاق اخرى وقعتا) لان كل واحد منهما يصلح للايقاع باضمار انت فصار انت طالق انت طالق فيقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها والا لغا الثانى كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ليست هذه المسئلة ان تكون فى النسخة المعول عليها الا ان هذا منقول عن ابى يوسف وابى جعفر ومنعه فخر الاسلام فتركها لتردده تدبر (وان نوى الثلاث وقعن) لان اللفظ مفرد فلابد من مراعاته غيران الفرد نوعان فرد حقيقى وهو ادنى الجنس وفرد حكمى وهو جميع الجنس فايهما نوى صحت نيته لان اللفظ يحتمله ولاكذلك التثنية كما بيناه وفى المبسوط اذا قال لاخر اخبرامرأتى بطلاقها فهى طالق سواء اخبرها به اولا لان حرف الباء للالصاق فيكون معناه اخبرها بما وقعت عليها من الطلاق موصولا بالايقاع وذلك يقتضى ايقاعا سابقا وكذا لو قال احمل اليها طلاقها اوبشرها بطلاقها فهى طالق بلغها اولا وكذا لو قال اخبرها انها طالق اوقل لها انها طالق (ويقع) الطلاق (باضافته) اى الطلاق الاضافة بطريق الوضع فى انت طالق ونحوه وبالتجوز فيما يعبر به عن الجملة (الى جملتها) اى المرأة (كما مر) من قوله انت طالق ونحوه وانما ذكر تمهيد الذكر ما بعده وفى القهستانى وصح اضافة الطلاق الى كلها نحو كلك اوجميعك اوجملتك طالق وبطل دعوى الاستيفاء عنه بقوله انت طالق فعلى هذا لو ترك قوله كما مر لكان اولى (اوالى ما) اى جزء (يعبر به عن الجملة كالرقبة) لقوله تعالى فتحرير رقبة (والعنق) لقوله تعالى فظلت

امامافهم لهاخاضعين اى ذواتهم ولهذا لم يقل خاضعة (والرأس) يقال امرى حسن مادام رأسك اى مادام باقيا لكن هذا فيما يلفظ بالاضافة الى الرأس اما اذا قال الرأس منك طالق واراد الرأس فقط اووضع يده على رأسها فقال هذا العضو منك طالق لايقع شئ بخلاف ما اذا لم يضع يده بل قال هذا الرأس طالق واشار الى رأس المرأة الصحيح انه يقع كما فى الخانية (والوجه) لقوله تعالى ويبقى وجه ربك اى ذاته الكريم (والروح) فى قولهم هلكت روحه اى نفسه (والبدن والجسد) فى قولهم جسد فلان يخلص من ذل الرق اى نفسه والفرق بينهما ان الاطراف داخل فى الجسد دون البدن وكذا شخصك ونفسك وجسمك وصورتك وفى الاست والدم خلاف (والفرج) لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الفروج على السروج فقد قالوه وان عد فى الحديث غريبا وفى الفتح يطلق على المرأة اطلاق البعض على الكل (او) باضافته (الى جزء شايع منها) اى من المرأة (كنصفها وثلثها) لان الطلاق يقع فى ذلك الجزء ثم يسرى الى الكل لشيوعه فيقع فى الكل كما اذا اعتق بعض جاريته ولان المرأة لاتحتمل التجزى فى حكم الطلاق وذكر بعض ما لايتجزى كذكر كله (لا باضافته الى يدها اورجلها) اى لايقع باضافة الطلاق الى جزء غير شايع لايعبر به عن الكل كاليد فان قيل اليد يعبر بها عن الكل قال الله تعالى تبت يدا ابى لهب ولاتلقوا بايديكم الى التهلكة لان المراد بها النفس كما صرح فى التفاسير اجيب بان مجرد الاستعمال لايكفى بل لابد من شيوع ذلك الاستعمال وكونه عرفا واستعمال اليد فى الكل نادر حتى اذا كان عند قوم يعبرون به بل باى عضو كان عن الجملة يقع الطلاق فى عرفهم ولايقع فى عرف غيرهم كما فى اكثر المعتبرات (اوظهرها اوبطنها) والاصح انه لايقع وكذا فى البضع كما فى الزيلعى مع تصريحهم بالوقوع فى الفرج بلاخلاف فلابد من الفرق بينهما وعند الائمة الثلثة وزفر يقع ايضا وكذا الخلاف فى كل جزء معين لايعبر به عن جميع البدن كالاصابع والعين والانف والصدر والاذن والدبر واما بالاضافة الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق فلايقع بالاجماع وفى الفتح تفصيل فليطالع (ولو طلقها نصف تطليقة اوسدسها اوربعها طلقت واحدة) وكذا الجواب فى كل جزء سماه كالثمن اوقال جزء من الف جزء من تطليقة لان الشرع ناظر الى صون كلام العاقل و يصرفه ما امكن عن الالغاء ولهذا اعتبر العفو عن القصاص عفوا فلما لم يكن للطلاق جزء كان كذكر كله تصريحا كالعفو فعلى هذا لوقال وجزء الطلقة تطليقة لكان اخصر واشمل وفى المحيط هذا اذا لم يتجاوز من المجموع اجزاء تطليقة كقوله نصف تطليقة وسدسها وربعها فانه يقع واحدة لان الاسم اذا اعيد معرفة كان عين الاول وان جاوز كما اذا قال نصف تطليقة وثلثها وربعها فالمختار انه يقع ثنتان لانه زاد على اجزاء تطليقة فلابد وان يكون الزيادة من تطليقة اخرى فتتكامل وهذا اذا اضيف الاجزاء الى تطليقة واحدة ولو قال انت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة يقع ثلاث لانه اضاف كل جزء الى تطليقة نكرة فاقتضى كل جزء تطليقة على حدة لان الاسم اذا اعيد نكرة كان غير الاول وفى الفتح اخراج بعض التطليق لغو بخلاف ايقاعه فلوقال طالق ثلثا الا نصف تطليقة وقع الثلث وهو قول محمد وهو المختار (م) يقع (فى قوله (انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين ثلث) على الصحيح لان نصف التطليقتين طلقة واذا جمع بين ثلثة انصاف تكون ثلث تطليقات ضرورة (وفى ثلثة انصاف تطليقة ثنتان) لان ثلثة انصاف تطليقة يكون طلقة ونصفا فيتكامل النصف فيحصل طلقتان (وقيل ثلث) لان كل نصف يكون طلقة لانه لايقبل التجزئة فيصير ثلث انصاف تطليقة ثلث طلقات وفى الشمنى لوقال انت طالق نصفى طلقة تقع واحدة ولوقال لاربع نسوة بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن واحدة وكذا لوقال بينكن طلقتان اوثلث اواربع الا اذا نوى ان كل طلقة بينهن جميعا فتقع على كل واحدة منهن ثلث الا فى التطليقتين فتقع على كل واحدة منهن ثنتان ولو قال بينكن خمس تطليقات ولانية له طلقت

كل واحدة منهن طلقتين وكذا ما زاد الى ثمان تطليقات فان زاد على الثمان فكل واحدة منهن طالق ثلثا ولو قال فلانة طالق ثلثا وفلانة معها او قال اشركت فلانة معها فى الطلاق طلقتا ثلثا ثلثا ولو قال لاربع انتن طوالق ثلثا طلقت كل واحدة ثلثا كما فى الاختيار وفى المنح ولو قال امرأتى طالق وله امرأتان او ثلث تطلق واحدة وله خيار التعيين ولو قال لامرأتين لم يدخل بواحدة منهما امرأتى طالق امرأتى طالق ثم قال اردت واحدة لا يصدق ولو مدخولتين فله ايقاع الطلاق على احديهما ولو قال امرأته طالق ولم يسم وله امرأة طلقت امرأته ولو كان له امرأتان كلتاهما معروفة صرفه الى ايتهما شاء (و) تقع (فى) قوله انت طالق (من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين) طلقة (واحدة) عند الامام (وعندهما) طلقتان (ثنتان و) تقع (فى) قوله انت طالق من واحدة (الى ثلاث) او ما بين واحدة الى ثلث (ثنتان) عند الامام لان الغاية الاولى عنده تدخل تحت المغيا الا الثانية لقولهم عمرى من ستين الى سبعين (وعندهما) تدخل الغايات استحسانا حتى يقع فى الاولى ثنتان وفى الثانية (ثلث) لقولهم خذ من مالى من درهم الى العشرة فان له اخذ العشرة وعند زفر لا تدخل الغايتان كقولهم بعت من هذا الحائط الى الحائط فان المبيع ما بينهما حتى لا يقع فى الاولى شئ وفى الثانية تقع واحدة وهو القياس روى ان الامام الاصمعى قد حاج زفر وقال كم سنك فقال ما بين ستين وسبعين فقال انت اذن ابن تسع سنين فتحير زفر لكن هذا يستعمل عرفا فى ارادة الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا عرف فى الطلاق اذ لم يتعارف التطليق بهذا اللفظ فبقى على ظاهره تأمل (وفى) قوله انت طالق (واحدة) بالنصب (فى ثنتين) تقع (واحدة ان لم ينو شيئا) لكونه صريحا (او نوى الضرب والحساب) وكان عارفا بعرف الحساب وقال زفر والحسن يقع ثنتان وهو قول الائمة الثلثة لان هذا شئ معروف عند اهل الحساب ان واحدا اذا ضرب فى اثنين يكون اثنين فيحمل كلامه عليه بيانه ان الضرب يضعف احد العددين بعدد الاخر فقوله واحدة فى ثنتين كقوله واحدة مرتين ولنا ان عمل الضرب فى تكثير الاجزاء لا فى زيادة عدد المضروب لان الغرض منه ازالة الكسر يقع عند القسمة فمعنى واحدة فى ثنتين واحدة ذات جزئين وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما يدا فى قوله نصف تطليقة وسدسها وربعها ورجح فى الفتح قول زفر بان الكلام فى عرف الحساب فى التركيب اللفظى كون احد العددين مضعفا بقدر الاخر والعرف لا يمنع والغرض انه تكلم بعرفهم واراده فصار كما لو اوقع بلغة اخرى فارسية او غيرها وهو يدريها هكذا فى التحرير والغاية لكن ان اثر عمل الضرب عند اهل الحساب انما يكون فى الممسوحات الحسية لا فى المعانى الشرعية والطلاق من المعانى الشرعية فلا يفيد قصده تأمل (وان نوى) واحدة و(ثنتين او مع ثنتين فثلث) اما نية الواو فلانه محتملة فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ويقارنه ويتصل به فصح ان يراد به معنى الواو واما معنى مع فلان فى يجئ بمعنى مع كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى اى مع عبادى وفى الكشف ان المراد فى جملة عبادى وقيل فى اجساد عبادى ويؤيده قراءة فى عبدى وعلى هذا فهى على حقيقتها ولا يخفى ان تأويلها مع عبادى ينبئ عنه وادخلى جنتى فان دخولها معهم ليس الا الى الجنة فالاوجه ان يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ويتجاوز عن سيئاتهم فى اصحاب الجنة كما فى الفتح هذا فى الموطوءة (وفى غير الموطوءة) اى اذا قال لغير الموطوءة انت طالق واحدة فى ثنتين ونوى واحدة وثنتين تقع (واحدة مثل واحدة وثنتين) اى كما اذا قال لغير الموطوءة ابتداء انت طالق واحدة وثنتين حيث تقع واحدة ولا يبقى للثنتين محل كما بيناه (وان نوى واحدة مع ثنتين فثلث فيها) اى فى غير الموطوءة (ايضا) كما يقع ثلث فى الموطوءة لان واحدة مع ثنتين يقعان معا فلا يخل كونها غير موطوءة وقوعهما معا (وفى ثنتين فى ثنتين) تقع (ثنتان وان نوى الضرب) لما عرف انه لا يزيد فى المضروب عندنا خلافا لزفر والائمة الثلثة كما بيناه هذا اذا لم يكن له نية وان نوى معنى الواو او معنى مع وهى مدخول بها فهى ثلث وفى غيرها ثنتان فى الاول وثلث فى الثانى (وفى) قوله (انت طالق من

هنا الى الشام) تقع (واحدة رجعية) وقال زفر بائنة لانه وصفه بالطول ولا ينتقض بايقاعه الرجعي فيما لو صرح بالطول لان الكناية اقوى من الصريح ولنا انه وصفه بالقصر لان الطلاق متى وقع وقع في الاماكن كلها ونفسه لا يحتمل القصر لانه ليس بجسم وقصر حكمه لكونه رجعيا وذكر بعضهم ان قوله الى الشام للمرأة دون الطلاق حتى لو قال تطليقة الى الشام يكون بائنا كما في التبيين (وفي) قوله (انت طالق بمكة او في مكة) او في ثوب كذا وهي لابسة غيره او في الشمس او في الظل او انت طالق مريضة او مصلية (تطلق للحال حيث كانت) المرأة لان الطلاق لا اختصاص له بمكان او ظرف دون آخر ولو قال اردت في دخولك مكة صدق ديانة لا قضاء لانه خلاف الظاهر بخلاف الاضافة الى الزمان المستقبل حيث لا يقع في الحال لانه كالتعليق كما اذا قال الى الشتاء او الى رأس الشهر ونحوه خلافا لزفر كما في اكثر المعتبرات لكن في الشمني يقع في الحال عند ابي يوسف و في انتهاء الشتاء او الشهر عندهما وان نوى التنجيز يقع في الحال اتفاقا (و لو قال) انت طالق (اذا دخلت مكة او في دخولك لا يقع) الطلاق (ما لم تدخلها) لانه علق بالدخول في الاول وكذا في الثاني كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لاداة الشرط لمقارنة بين معنى الشرط والظرف من حيث ان المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعذر معناه اعني الظرف وكذا اذا قال في لبسك او ذهابك ولا فرق بين كون ما يقوم بها فعلا اختياريا او غيره حتى لو قال في مرضك او وجعك او صلاتك لم تطلق حتى تمرض او تصلي كما في الفتح (وكذا الدار) في الصور كلها اما لو قال انت طالق لدخولك الدار او لحيضك فتطلق للحال

﴿ فصل ﴾

يعني في اضافة الطلاق الى الزمان اعلم ان كتاب الطلاق صنف من هذا العلم وتحته صنف مترجم بالباب والباب تحته صنف مسمى بالفصل و الكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم المدون فانه صنف عال والعلم مطلقا بمعنى الادراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع كما في المطلب (قال) لامرأته (انت طالق غدا او في غد يقع) الطلاق (عند الصبح) لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد في الاول لان جميعه هو مسمى الغد فتعين الجزء الاول لعدم المزاحم وفي الثاني وصفها في جزء منه وافاد انه اذا اضافه الى وقت فانه لا يقع للحال وهو قول الشافعي واحمد خلافا لمالك فانه قال يقع في الحال وهو منقوض بالتدبير (وان نوى الوقوع وقت العصر) في قوله غدا (صحت ديانة) لا قضاء لانه اضاف الطلاق الى الغد والغد اسم لجميع اجزاء اليوم من طلوع الفجر الى غروب الشمس فاذا عنى الوقوع في بعض اجزاء اليوم دون الجميع كان خلاف الظاهر لارادة التخصيص من العموم فلا يصدق ولكن يصدق ديانة لاحتمال كلامه ذلك لان العام يحتمل الخصوص وهو آخر النهار فان قيل العام ما يتناول افرادا متفقة الحدود ولفظ غدا ليس كذلك فانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون من صيغ العموم اجيب بان هذا من باب تنزيل الاجزاء منزلة الافراد مجازا كما في المطلب (و) ان نوى الوقوع وقت العصر (في الثاني) اي في غد يصدق (قضاء ايضا) اي كما يصدق ديانة عند الامام لانه حقيقة كلامه لان الظرف لا يوجب استيعاب المظروف وانما يتعين الجزء الاول عند عدم النية لعدم المزاحمة (خلافا لهما) فان عندهما هو والاول سواء لان المراد منهما الظرفية فان نصب غدا على الظرفية فلا فرق وجوابه ان قوله غدا للاستيعاب لانه شابه المفعول به ونظيره قوله لا اكلمك شهرا او في الشهر ودهرا او في الدهر وان كان للاستيعاب فاذا نوى البعض فقد نوى التخصيص وهو خلاف الظاهر كما بيناه اما اذا عين آخر النهار فكان التعيين القصدي اولى من الضروري وعلى هذا الخلاف انت طالق في رمضان ونوى آخره وفي المنح ومما يتفرع على حذف في واثباتها لو قال انت طالق كل يوم تقع واحدة وعند زفر ثلاث في ثلاثة ايام ولو قال في كل يوم طلقت ثلاثا في كل يوم واحدة اجماعا كما لو قال عند كل يوم او كلما مضى يوم وفي الخلاصة انت طالق مع كل يوم تطليقة فانها تطلق ثلاثا ساعة حلف (ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يعتبر الاول ذكرا)

حتى يقع في الاول في اليوم وفي الثاني في غد لانه حين ذكره ثبت حكمه تنجيزا او تعليقا فلا يحتمل التغيير بذكر الثاني لان المعلق لا يقبل التنجيز ولا المنجز التعليق بخلاف ما اذا قال انت طالق اليوم اذا جاء غد حيث لا يقع قبل غد لانه تعليق لمجئ غد فلا يقع قبله وذكر اليوم لبيان وقت التعليق لكن فيه اسئلة واجوبة فليطالع في الفتح وغيره هذا اذا لم يعطف بالواو فلو عطف بها بان قال انت طالق اليوم وغدا او انت طالق غدا واليوم تقع واحدة في الاولى و في الثانية ثنتان وقال زفر تقع واحدة ولو كرر الشرط بان قال اذا جاء غد واذا جاء بعد غد يقع بكل واحدة منهما والتفصيل في التسهيل فليطالع و في التبيين لو قال انت طالق آخر النهار واوله تطلق ثنتين ولو عكس تطلق واحدة (ولو قال) لاجنبية (انت طالق قبل ان اتزوجك فهو لغو وكذا انت طالق امس وقد نكحها اليوم) لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق او ان تخلق ولو قال طلقتك وانا صبي او نائم او مجنون وكان جنونه معهود فانه يكون لغوا ايضا لانه اضافه الى حالة معهودة تنافي صحة الايقاع فكان منكرا لاقراره (وان كان نكحها قبل امس وقع الآن) لانه اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال (ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت للحال) لاضافته الى زمان خال عن التطليق وقد وجد بسكوته لان متى للزمان وما يستعمل فيه وكذا لو قال حين لم اطلقك او زمان لم اطلقك او حيث لم اطلقك او يوم لم اطلقك وسكت يقع حالا ولو قال زمان لا اطلقك او حين لا اطلقك لم تطلق حتى تمضي ستة اشهر لان لم موضوع لقلب المضارع ماضيا ونفيه فاذا سكت وجد زمان لم يطلقها فيه وحيث للمكان وكم من مكان لم يطلقها فيه فوجد شرط الطلاق وكلمة لا للاستقبال فان لم يكن له نية لا يقع للحال (حتى لو علق الثلث) بان قال انت طالق ثلثا ما لم اطلقك ونحوه (وقعن بسكوته) لما تقدم (وان وصل) اي وان لم يسكت بل قال (انت طالق) موصولا بقوله انت طالق متى لم اطلقك (وقع واحدة) لانه لا يقع بقوله انت طالق متى لم اطلقك شئ وانما يقع بالموصول به وهو انت طالق خلافا لزفر فان عنده في هذه الصورة تطليقتان وفيما لو قال انت طالق ثلثا ما لم اطلقك انت طالق تقع واحدة عندنا وثلث عنده ولو قال انت طالق كلما لم اطلقك وسكت وقع الثلث متتابعة لا جملة لانها تقتضي عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فان لم تكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط كما في الفتح وفي المحيط لو قال ان لم اطلقك اليوم ثلثا فانت طالق ثلثا فحيلته ان يقول لها انت طالق ثلثا على الف درهم فاذا قال لها ذلك تقول المرأة لا اقبل فان مضى اليوم يقع الثلث في قياس ظاهر الرواية وروى عن الامام لا تطلق وعليه الفتوى كما في اكثر المعتبرات لانه اتى بالتطليق الا ان هذا التطليق مقيد لانه تطليق بعوض والمقيد يدخل تحت المطلق فيتقدم شرط الحنث (ولو قال ان لم اطلقك فانت طالق لا يقع) الطلاق (ما لم يمت احدهما) قبل ان تطلق فيقع قبيل الموت لان الشرط حينئذ يتحقق فان مات او ماتت قبل الدخول فلا ميراث وان دخل فلها الميراث بحكم الفرار ولا ميراث له منها وفي النوادر لا يقع بموتها والصحيح ان موتها كموته (واذا) اي لفظ اذا واذا ما (بلا نية مثل ان) عند الامام لانه مشترك بين الشرط والوقت عند الكوفية ولاشتراكه وقع الشك في وقوعه فلم يقع حالا (و عندهما) والائمة الثلثة (مثل متى) لانه يستعمل للشرط مع الوقت كما ذهبت اليه البصرية فتطلق حالا (ومع نية الشرط او الوقت فما نوى) اي يفوض الى نيته فان نوى الاول يقع آخر العمر وان نوى الثاني يقع حالا بلا خلاف (واليوم) موضوع الوقت ليلا اوغيره فليلا اوغيره و عرفا من طلوع الشمس الى غروبها وشرعا من طلوع الفجر الى الغروب كما في الكواشي وغيره لكن في المحيط انه للمعنى العرفي وفي الوقت مجازا (للنهار) اي في النهار لغة ضوءه ممتد من طلوع الشمس الى الغروب وعرفا وشرعا كاليوم والعرف

مراد (مع فعل) اى اذا كان اليوم تابعا للفعل ومتعلقا به لا ان يكون مضافا اليه كما دل عليه كلمة مع كما فى القهستانى (يمتد) يصح تقديره بمدة مثل لبست الثوب يومين بخلاف غير الممتد فانه لا يقال دخلت يوما والمراد بالممتد ما يستوعب مثل النهار لا مطلق الامتداد لانهم جعلوا التكلم من قبيل غير الممتـد ولا شك ان التكلم يمتد زمانا طويلا لكن لا يمتد بحيث يستوعب النهـار وبهذا اندفع ماقيل من ان التكلم مما يقبل التقدير بالمدة فكيف جعلوه غير ممتد ولا نسلم ان يقدر بمدة النهار عرفا على انه ممتد عند بعض المشايخ والافصح فى تفسير الممتد ما يتجدد من المرات المماثلة من كل وجه حسا كما فى القهستانى (ولمطلق الوقت) فى جزء من الزمان ولو ليلا (مع فعل لا يمتد) والفرق مبنى على قاعدة هى ان مظروف اليوم اذا كان غير ممتد يصرف اليوم عن حقيقته وهو بياض النهـار الى مجازه وهو مطلق الوقت لان ضرب المدة لغو اذ لا يحتمله وان كان ممتدا يكون باقيا على حقيقته والمراد بما يمتد ما يصلح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق وبما لا يمتد الطلاق والتزوج والكلام والعتاق والدخول والخروج (فلو قال) تفريع لما قبله (امرك بيدك يوم يقدم زيد فقدم ليلا لا تتخير) فان كون الامر باليد يقدر بالمدة المستوعبة للنهار فيكون ممتدا فاليوم فيه للنهار العرفى فلو قدم ليلا لم يكن لها خيار كما لو قدم نهارا بلا علمها حتى مضى كما فى الكافى فيشترط علمها (وان قال يوم اتزوجك فانت طالق فنكحها ليلا وقع) الطلاق لان التزوج فعل لا يقدر بالمدة المستوعبة فتطلق ولو ليلا خلافا للشافعى ثم الامتداد وعدمه انما يعتبران فى جانب العامل لا المضاف اليه عند المحققين سواء كانا متفقين او مختلفين وذا بلا خلاف ومن المشايخ من تسامح فاعتبر المضاف اليه فيما يختلف فيه الجواب نظرا الى حصول المقصود وهو استقامة الجواب حيث صرحوا فى قوله يوم اكلم فلانا فامرأته طالق بان المقرون هو الكلام والكلام مما يمتـد وفى قوله يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان التزويج مما لا يمتد فعلى هذا قول الزيلعى الاوجه ان يعتبر الممتد منهما ليس باوجه وقول صدر الشريعة وان كان الفعل الذى تعلق به اليوم غير ممتد والفعل الذى اضيف اليه اليوم ممتد نحو انت طالق يوم اسكن هذه الدار وبالعكس نحو امرك بيدك يوم يقدم زيد فينبغى ان يراد باليوم النهار ترجيحا لجانب الحقيقة ليس مما ينبغى لان المصرح فيها عدم اعتبار المضاف اليه اصلا تأمل وهذا كله عند عدم القرينة والا فانعكس الحكم بحو انت طالق يوم يصوم زيد وانت حر يوم تنكسف الشمس وان نوى النهـار فى غير الممتد صدق قضاء وعن ابى يوسف رحمه الله تعـالى لا (ولو قال) لامرأته (انا منك طالق فهو لغو) لا يعبأ به (وان) وصلية (نوى) به الطلاق لان الطلاق شرع مضافا الى المرأة فاذا طلق الزوج نفسه فقد غير المشروع وقال الشافعى ومالك يقع اذا نوى (ولو قال انا منك باين او عليك حرام بانت ان نوى) الطلاق تطلق بطريق الكناية لان لابانة لازالة الوصلة والتحريم لازالة الحل وهما مشتركان فيهما فتصح الاضافة ولو قال انا باين ولم يقل منك او قال حرام ولم يقل عليك لم تطلق بخلاف ما اذا قال انت باين او حرام ولم يزد عليه حيث تطلق اذا نوى والفرق ان البينونة او الحرام اذا كان مضافا اليها تعين لازالة ما بينهما من الوصلة والحل فاذا اضافه اليه لا يتعين لجواز ان يكون له امرأة اخرى فيريد بقوله انا باين منها او حرام عليها (ولو قال انت طـالق مع موتى او مع موتك فهو لغو) لان مع للقران وحال موت احد همـا حال ارتفاع النكاح او للشرط كقوله مع دخولك فلزم الوقوع بعد الموت وهو محال (وكذا) يكون لغوا (او قال انت طالق واحدة او لا) عند الشيخين (خلافا لمحمد فى رواية) وهو قول ابى يوسف اولا وهو رواية الطلاق من المبسوط وفى الهداية لو كان المذكور فى الجامع الصغير قول الكل فعن محمد روايتان له انه ادخل الشك فى الواحدة لدخول حرفه بينها وبين النفى فيسقط اعتبار الوحدة للشك ويبقى قوله انت طالق سالما عن الشك

بخلاف انت طالق او لا لانه ادخل الشك فى اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد لا بالوصف فكان الشك داخلا فى الايقاع فلا يقع ولهذا لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا وقعن ولو كان الوقوع بالوصف لما وقعن لكونها اجنبية (وان ملك) الزوج (امرأته) بان كانت امة الغير فملك كلها (اوشقصها) اى بعضها (او ملكته) اى المرأة كل الزوج (اوشقصه بطل العقد) اما فى الاول فلان ملك النكاح ضرورى وقد استغنى عنه بالاقوى منه وهو ملك الرقبة واما فى الثانى فللاجتماع بين المالكية والمملوكية ولا يرد عليه ان المكاتب اذا اشترى زوجته الرقيقة حيث لا يبطل النكاح لان للمكاتب حق الملك لا الملك الحقيقى فانه لا يكون مالكا الا اذا كان مملوكا (فلو طلقها بعد ذلك لغا) لان وقوع الطلاق يستدعى قيام النكاح من كل وجه او من وجه ولم يوجد وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع لما قلنا وعن محمد انه يقع (ولو قال لها وهى امة) لغيره (انت طالق ثنتين مع اعتاق سيدك اياك فاعتقها) السيد (ملك) الزوج (الرجعة) لانه علق الثنتين بالاعتاق والمعلق يوجد بعد الشرط وهى حرة والحرة لا تحرم بالثنتين حرمة غليظة وعند الثلثة لا تصح له الرجعة لا يقال كلمة مع للقران لانا نقول انها قد تجئ للتأخر كقوله تعالى ان مع العسر يسرا وفى شرح الطحاوى ان كلمة مع اذا قحم بين جنسين مختلفين يحل محل الشرط (وان علق طلقتها بثنتين) فى المسئلة (بمجئ الغد وعلق مولاها عتقها به) اى بمجئ الغد اى قال المولى لامته اذا جاء الغد فانت حرة وقال الزوج اذا جاء الغد فانت طالق ثنتين (فجاء) الغد (لا تحل) الامة (له) اى الزوج (الا بعد) تزوج (زوج آخر) لان وقوع الطلاق مقارن لوقوع العتق فيقع الطلاق وهى امة والامة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين بخلاف المسئلة الاولى فان العتق هنالك مقدم رتبة هذا عند الشيخين (وعند محمد يملك) الزوج (الرجعة) برواية ابى حفص الكبير لان العتق اسرع وقوعا لا لانه رجوع الى الحالة الاصلية وهو امر مستحسن بخلاف الطلاق فانه ابغض المباحات فيكون فى وقوعه بطؤ لان فى الطلاق ايضا رجوعا اليها وبطؤه فى غير المستحسن امر تخيلى بل لان قوله انت حرة اوجز من قوله انت طالق ثنتين او المعلق كالمرسل عند الشرط فيكون كان المولى والزوج ارسلا فى ذلك الوقت فيقع اوجز القولين اولا وهو العتق كما فى الاصلاح (وتعتد كالحرة اجماعا) يعنى فى المسئلتين اخذا بالاحتياط وصيانة عن الاشتباه ولو كان الزوج مريضا لا ترث منه لانه حين تكلم الطلاق لم يقصد الفرار اذ لم يكن لها حق فى ماله لان العتق والطلاق يقعان معا ثم الطلاق يصادفها وهى رقيقة فلا ميراث لها

﴿ فصـــل ﴾ فى شبه الطلاق ووصفه ذكره بعد اصله وتنويعه لكونه تابعا

(قال لها انت طالق هكذا) حال كونه (مشيرا باصابعه) المنشورة بقدر الطلاق (وقع بعددها) فبالاصبع الواحدة واحدة وبالاثنين اثنتان وبالثلث ثلث والاصبع يذكر ويؤنث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد المبهم قال عليه الصلاة والسلام الشهر هكذا وهكذا وخنس ابهامه وزاد فى النوبة الثالثة التسعة وعليه العرف وفى المحيط انه لو اشير بلا ذكر العدد المبهم لم يقع الا واحدة (فان اشار ببطونها) بان يجعل باطن الكف اليها (تعتبر) عدد الاصابع (المنشورة) (وان) اشار (بظهورها) بان يجعل باطن الكف الى نفسه (تعتبر المضمومة) صرح به مع انه علم ضمنا لانه تعتبر المنشورة مطلقا احترازا عنه ولو نوى الاشارة بالمضمومتين صدق ديانة لا قضاء وكذا لو نوى الاشارة فى الكف والاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها منشورة وهذا هو المعتمد وفى الاصلاح بقى ههنا احتمال وهو ان يكون رؤس الاصابع نحو المخاطب فالوجه الشامل ما قيل ان كان نشرا عن ضم فالعبرة للنشر وان كان ضما عن نشر فالعبرة للضم وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فالمنشور وان كان الى الارض فالمضموم (ولو وصف الطلاق بضرب من الشدة) والزيادة (بان قال انت طالق باين او البتة) وقال الشافعى يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان صريح الطلاق معقب

للرجعة بالاجماع و وصفه بالباين والبتة خلاف المشروع فلا يصح كما في انت طالق على ان لا رجعة
لي عليك واجيب بمنع مسئلة الرجعة وبانه وصفه بما يحتمله فلا يكون تغييرا له بل تبيينا (او) قال (افحش
الطلاق او اخبثه او اشده) او اسوأه وتوصيف الطلاق بهذه الاوصاف انما يكون باعتبار اثره وهو
البينونة في الحال ولا يرد عليه ان الشديد الفاحش والخفيف هو الباين فينبغي ان يكون الواقع بافعل
التفضيل الثلث نوى اولم ينو لان افعل التفضيل قد يكون لاثبات اصل الوصف من غير زيادة كقوله
تعالى ﴿وبعولتهن احق بردهن﴾ (اوطلاق الشيطان) كقوله انت طالق طلاق الشيطان (والبدعة)
وكل من هذين الوصفين ينبئ عن البينونة لان السنى هو الرجعى فيكون البدعى في غير حالة الحيض
باينا وعن ابي يوسف في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون باينا الا بالنية وعن محمد يكون رجعيا
وكذا طلاق الشيطان عنده (او كالجبل) وغيره وقال ابو يوسف اذا قال كالجبل او مثل الجبل يكون
رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان تشبيها له في توحده ولو قال مثل عظم الجبل يقع واحدة باينة
بالاتفاق كما في العناية ولا يفرق بعض بين قوله مثل الجبل او مثل عظم الجبل فقال ما قال تدبر
(او كالف) وعن محمد انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا
فصار كقوله كعدد الف او قدر عدد الف وفيه يقع الثلث اتفاقا وعنه لو قال انت طالق كالنجوم تقع
واحدة لانه يحتمل التشبيه في الضياء والنور ولو قال كعدد النجوم يقع ثلث عنده ولو قال مثل التراب
تقع واحدة رجعية عنده ولو قال عدد التراب يقع ثلث عنده خلافا لابي يوسف هو يقول لا عدد
للتراب ولو قال انت طالق كثلث فهي واحدة باينة عند ابي يوسف وثلث عند محمد كما لو قال كعدد
ثلث ولو قال عدد الرمل فهي ثلث اجماعا والاصل في هذا ان الطلاق متى شبه بشئ يقع باينا عند
الامام سواء كان المشبه به صغيرا او كبيرا اوذكر مع المشبه به العظم اولا وعند ابي يوسف ان ذكر
العظم يكون باينا والا فلا وعند زفر ان وصف المشبه به بالشدة او بالعظم كان باينا والا فهو رجعي
وقيل محمد مع الامام وقيل مع ابي يوسف قيدنا بضرب من الزيادة لانه لو وصفه بما لا ينبئ عن زيادة
كقوله احسن الطلاق او اسنه او اعدله يقع رجعيا اتفاقا ولو اضافه الى عدد معلوم النفي كعدد
شعر بطن كفي او مجهول النفي والاثبات كعدد شعر ابليس ونحوه تقع واحدة او من شانه الثبوت لكنه
زائل وقت الحلف بعارض كعدد شعر ساقي او ساقك وقد تنور لا يقع شئ لعدم الشرط ولو قال
عدد ما في الحوض من سمك وليس في الحوض سمك يقع واحدة وفي شرح الكنز كالثلج باين عند الامام
وعندهما ان اراد بياضه فرجعي وان اراد به برده فباين وهذا يقتضي ان ابا يوسف لا يقصر البينونة
في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة كما في الفتح ولو قال انت طالق لا قليل ولا
كثير يقع ثلث ولو قال لا كثير ولا قليل تقع واحدة فيثبت ما نفاه اولا لانه يثبت بالنفي ضد المنفي فلا يرتفع
(او ملأ البيت او تطليقة شديدة او طويلة او عريضة وقع واحدة باينة ان لم تكن له نية) او نوى
واحدة (وكذا ان نوى الثنتين) في غير الامة كانت واحدة باينة لما مر من ان الجنس لا يحتمل العدد
(الا اذا نوى بقوله طالق واحدة وبقوله باين او البتة) طلقة (اخرى فيقع بائنتان) لانه نوى محتمل
كلامه لان باين في هذا خبر بعد خبر فصار كما لو قال انت طالق انت باين فان قيل ينبغي ان تقع
طلقتان احديهما رجعية لان انت طالق يقتضي الرجعية اجيب بان الثاني لما كان باينا لم يفد بقاء الاول
رجعيا فكان باينا بحكم الضرورة (وصحت نية الثلث في الكل) لان البينونة على نوعين خفيفة
وغليظة فاذا نوى الثلث فقد نوى اغلظ النوعين واعلاهما فصحت نيته وقال العتابي الصحيح انه
لا تصح نية الثلث في طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة لانه نص على التطليقة وانها
تتناول الواحدة ونسبه الى شمس الائمة ورجح بان النية انما يعمل في المحتمل وتطليقة بتاء الوحدة لا يحتمل
الثلث كما في الفتح لكن لم لا يجوز ان تكون التاء لمعنى آخر تدبر

﴿فصل﴾ في طلاق

غيرالمدخول بها (ان طلق غيرالمدخول بها) بان قال انت طالق (ثلثا وقعن) لان الواقع عند ذكر العدد مصدر محذوف موصوف بالعدد اى تطليقا ثلثا فيقعن جملة وقيل تقع واحدة لانها تبين بقوله انت طالق لا الى عدد فقوله ثلثا يصادفها وهى اجنبية فصار كالو عطف والجمهور على خلافه ونص محمد وقال بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن على وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ولاينافى قول الانشاء ان يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع وكونه وصفا لمحذوف اما لوقال اوقعت عليك ثلث تطليقات فانه يقع الثلث عند الكل وفى الدرر ان مانقل عن المشكلات انه طلق امرأة ثلثا قبل الدخول لاتقع لان الآية نزلت فى حق الموطوءة باطل محض منشاؤه الغفلة عن القاعدة المقررة فى الاصول ان خصوص سبب النزول غير معتبر عندنا خلافا للشافعى انتهى فعلى هذا لوقال انت طالق ثلثا لكان اولى لان فيهما اشارة الى الخلاف بخلاف ماقال تأمل (وان فرق) الزوج الطلاق بان قال لغير المدخول بها انت طالق طالق طالق اوانت طالق انت طالق انت طالق (بانت) المرأة (با) لتطليقة (الاولى) لا الى عدة (ولاتقع الثانية) لانتفاء المحل (ولوقال انت طالق واحدة و واحدة وقع واحدة) لعدم توقف هذا الكلام على آخره عند عدم المغير ولايرد ماقيل من انه لوقال انت طالق واحدة ونصفا اوواحدة واخرى اوواحدة وعشرين بضم العين وفتح الراء فانه يقع فى الاول والثانى ثنتان والثالث ثلث مع انه ذكر بالواو العاطفة وليس فى آخر كلامه مايغير اوله لان الاول والثالث ليس لهما عبارة اخصر منهما فكان فيهما ضرورة بخلاف واحدة وواحدة فانه يمكنه تثنيته وجمعه واما الثانى فلعدم استعمال اخرى ابتداء واستقلالا كما فى التبيين وفى البحر لوقال انت طالق وهذه وهذه طلقت الاولى والثانية واحدة والثالثة ثلثا لان العدد صار ملحقا بالايقاع الثانى دون الاول وفى التبيين وقال مالك واحمد تطلق ثلثا اذا كان بعطف وهو قول ابن ابى ليلى وربيعة وقول الشافعى فى القديم (وكذا) تقع واحدة (اوقال واحدة قبل واحدة وبعدها واحدة) لانه انشاء طلاق سابق باخر فبانت بالاول فلاتبقى محلا لغيره (واوقال) انت طالق (بعد واحدة وقبلها واحدة) خلافا للشافعى وعنه انه لايقع شئ (اومع واحدة اومعها واحدة فثنتان) اى فى تلك الصور الاربع لانه انشاء طلاق سبق عليه طلاق آخر فكانه انشأ طلقتين بعبارة واحدة فيقع اثنان ولوغير موطوءة وعن ابى يوسف فى قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تقتضى سبق المكنى عنه وجودا (وفى الموطوءة) تقع (ثنتان فى الكل) لقيام المحلية بعد وقوع الاولى (واوقال) لها (ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة) اوفواحدة (فدخلت) الدار (تقع واحدة) عند الامام لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وقوعه وفى المنجز تقع واحدة اذلايبقى للثانى محل وكذا هنا (وعندهما) والائمة الثلثة تقع (ثنتان) لوقوعه جملة عند الشرط بلاتقدم وتأخر ولافرق بين صورتى العطف بالواو والعطف بالفاء فيما ذكر الكرخى وذكر الفقيه ابو الليث انه تقع واحدة بالاتفاق فى الثانى وهو الاصح (واواخر الشرط) بان قال لغير الموطوءة انت طالق واحدة و واحدة ان دخلت الدار (فثنتان اتفاقا) لان الجزئين يتعلقان بالشرط دفعة فيقعان ولو عطف الثلث بثم فان كان الشرط مقدما ففى المدخول بها تعلقت الاولى والباقية تنجز عند الامام وفى غيرها تعلقت الاولى و وقعت الثانية ولغت الثالثة ولو اخره ففى المدخول بها تعلقت الثالثة والباقى تنجز وفى غيرها وقعت الاولى فى الحال ولغى ماسواها اذ التراخى كالاستيناف عند الامام وقالا يتعلق الكل سواء قدم الشرط اواخر دخل بها اولا لان التراخى فى الحكم لا التكلم اختلفوا فى اثر التراخى فقال الامام هو بمعنى الايقاع كانه سكت ثم استأنف قولا بعد الاول اعتبارا لكمال التراخى وقالا التراخى راجع الى الوجود والحكم واما فى التكلم فمتصل (ويقع) الطلاق (بعدد قرن) على صيغة المفعول (بالطلاق لابه) اى الطلاق (فلو ماتت) المرأة مدخولة او غير مدخولة

(قبل ذكر العدد فى قوله انت طالق واحدة لاتطلق) لانه قرن الوصف بالعدد وكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فيبطل وانما خص موتها بالذكر لانه لومات الزوج بعد قوله طالق قبل قوله ثلثا تقع واحدة لان لفظ الطلاق لم يتصل بذكر العدد فبقى قوله انت طالق وهو عامل بنفسه فيقع الايرى انه لوقال لامرأته انت طالق مريدا ان يعقبه بثلث فامسك شخص فاه تقع واحدة رجعية لان الوقوع بلفظه لابقصده كما فى اكثر الكتب

﴿فصل﴾ فى الكنايات (وكنايته) اى الطلاق عطف على ماذكر من الصريح وهو فى اللغة مصدر كنى اوكناية عن كذا يكنى او يكنو اذا تكلم بشئ يستدل به على غيره اويراد به غيره وفى علم البيان لفظ اريد به لازم معناه مع جواز ارادة ذلك المعنى منه وقيل لفظ يقصد بمعناه معنى ثان ملزوم له وفى الشريعة مااستتر فى نفسه معناه الحقيقى اوالمجازى فان الحقيقة المهجورة كناية كالمجاز غير الغالب وكناية الطلاق (ما) اى لفظ (احتمله) اى الطلاق (وغيره) فيستتر المراد منه فى نفسه فان البائن مثلا يراد منه المنفصل عن وصلة النكاح وفى الدلالة عليه خفاء زال بقرينة (ولايقع بها) اى واهذا لايقع الطلاق بالكنايات قضاء (الابنية) اى بنية الزوج اوالطلاق مضافا الى الفاعل اوالمفعول (اودلالة حال) لانها غير موضوعة للطلاق بل موضوعة لماهو اعم منه والمراد بدلالة الحال الحالة الظاهرة المفيدة لمقصوده وفيه اشارة الى ان الكنايات غير مؤثرة بدون النية ودلالة الحال وقال الشافعى لااعتبار بالدلالة بل لابد من النية لانه لايبعد ان يضمر خلاف الظاهر ولنا ان الحال اقوى دلالة من النية لانها ظاهرة والنية باطنة كما فى التبيين ثم الكناية على قسمين ذكر الاول بقوله (فنهما) اى من الكنايات (اعتدى) فانها تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى فان نوى الاول تعين ويقتضى طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة ولايخفى ان القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما قاله بعد الدخول اما قبله فهو مجاز عن كونى طالقا باسم الحكم عن العلة لاالمسبب عن السبب كما قال الزيلعى ليرد عليه ان شرطه اختصاص المسبب بالسبب والعدة لاتختص بالطلاق لثبوتها فى ام الولد اذا عتقت وما اجيب به من ان ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها فى الطلاق وهوالاستبراء لابالاصالة فغير واقع سؤال عدم الاختصاص كما فى الفتح (واستبرئى) بكسر الهمزة قبل الياء (رحمك) لانه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبريه لانى طلقتك اولاطلقك يعنى اذا علمت خلوه عن الولد وعلى الاول يقع وعلى الثانى لافلابد من النية ولايخفى انها قبل الدخول مجاز عن كونى طالقا كاعتدى وكذا فى الايسة والصغيرة المدخول بهما كما فى الفتح (وانت واحدة) عند قومك اومنفردة عندى ليس لى معك غيرك ويحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف ولاعبرة باعراب واحدة عند عامة المشايخ وهو الصحيح لان عوام الاعراب لايفرقون بين وجوه الاعراب لكن فيه دلالة على ان الخواص الذين يفرقون بين وجوهه يعتبرون فيه التفصيل المذكور تدبر وقيل انما يقع بالسكون واما اذا اعربت فان رفعت لم يقع وان نوى وان نصبت وقع وان لم ينو (يقع بكل منها) اى من الالفاظ الثلثة (واحدة رجعية) وان نوى ثنتين او ثلثا ولم يذكر المصدر لانه قد ظهر ان الطلاق فى هذه مقتضى واوكان مظهرا لايقع به الا واحدة رجعية فاذا كان مضمرا وانه اضعف منه اولى ان لايقع الا واحدة رجعية (وماسواها) اى الالفاظ الثلثة (تقع بها واحدة باينة) وعند الشافعى الكنايات كلها رواجع (الا ان ينوى ثلثا فيقعن) لانها من نوعى البينونة عليها وفى هذا الاطلاق نظر بل يقع رجعى ببعض الكنايات فى قوله انا برئ من طلاقك يقع رجعى اذا نوى بخلاف ما اذا قال من نكاحك وكذا فى وهبتك طلاقك اذا نوى يقع رجعيا وكذا فى خذى طلاقك واقرضتك وفى قد شاء الله طلاقك اوقضاه اوشئت يقع بالنية رجعى كما فى الفتح تأمل (ولاتصح نية الثنتين)

لانه نية العدد فلاتصح في الجنس خلافا لزفر ولذا لوكانت امة صحت وقد قررناه (وهي) اي الفاظ الكناية ماسوى الثلثة (باين) وهو نعت المرأة من البين والبينونة وهي الفرقة فيحتمل ان يكون من الطلاق ومن المعاصي ومن الخيرات وغيرها كما في اكثر الكتب لكن هذا الاحتمال بلفظ البينونة متعين واما في باين بعدم التاء لايحتمل بل تعين الطلاق اذهو من الالفاظ المخصوصة بهن فلابد فيه من التاء الاان يقال امر التذكير والتأنيث فيه سهل (بتة) بالتشديد القطع عن النكاح اوعن الخيرات اوعن الاقارب (بتلة) كالبتة (حرام) وله معان كثيرة فيحمل مايحتمله البتة (خلية) بضم الخاء من الخلو اي خالية عن النكاح او الحسن (برية) مثل خلية (حبلك على غاربك) تمثيل لانه تشبيه بالصورة المنتزعة من اشياء وهي هيئة الناقة اذا اريد اطلاقها للرعي او هي ذات رسن فالقي الحبل على غاربها وهو مابين السنام والعنق فشبه بهذه الهيئة الاطلاقية انطلاق المرأة من قيد النكاح او العمل او التصرف وصار كناية في الطلاق لتعدد صور الاطلاق (الحقي باهلك) يحتمل بمعنى اذهبي حيث شئت لاني طلقتك او سيري بسيرة اهلك (وهبتك لاهلك) اي عفوت عنك لاجل اهلك اووهبتك لهم لاني طلقتك (سرحتك فارقتك) يحتمل التسريح والمفارقة بالطلاق او بغيره وعند الشافعي هما صريحان في الطلاق (امرك بيدك) اي عملك فيحتمل ان يكون تفويضا منه للطلاق اليها وان يكون اذنا في حق تصرف (اختاري) اي نفسك بالفراق في النكاح او اختاري نفسك في امر آخر وفي هذين اللفظين لاتطلق حتى تختا رنفسها لانهما كناية عن التفويض فعلى هذا الانسب ان لايذكر في هذا المقام لانه زعم بعض المفتين انه يقع به الطلاق وافتى به فضل وافضل (استبرئي) عن رق النكاح اوغيره (تقنعي) اي اتخذي قناعك لانك ابنت مني او عن الاجنبي (تخمري استتري) ولو اكتفى به عن الاولين لفهم الحكم (اغربي) اي ابعدي عني لاني طلقتك اولزيارة اهلك ويروى اعزبي من العزوبة وهي التجرد من الزوج (اخرجي اذهبي) مثل اغربي (قومي) ولو اكتفى به عن الاولين لفهم بالطريق الاولى (ابتغي الازواج) لاني طلقتك الازواج من النساء للمعاشرة (فلوانكر) الزوج (النية) بان قال لم انو طلاقا (صدق مطلقا) اي ديانة وقضاء في جميعها (حالة الرضاء) للاحتمال وعدم دلالة الحال والقول قوله مع يمينه في عدم النية وفي المجتبى فعليه اليمين ان ادعت الطلاق وان لم تدع ايضا يحلف حقا لله تعالى قال ابن سلمة ينبغي ان يحلف فاذا حلفته فحلف فهي امرأته والا رافعته الى القاضي فان نكل عن اليمين عنده فرق بينهما (ولايصدق قضاء عند مذاكرة الطلاق) بان سألت الطلاق اوسأله اجنبي وفي تلك الحال لايصدق قوله (فيما يصلح الجواب دون الرد) لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحاكم يتبع الظاهر (ولا) يصدق قضاء في انكارها ايضا (عند الغضب فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم) فيقع بما يصلح له دونهما الحاصل ان احوال التكلم ثلثة حالة الرضاء وحالة الغضب وحالة مذاكرة الطلاق والكنايات ثلثة اقسام مايصلح جوابا ولايصلح ردا ولاشتما وهو اعتدي وامرك بيدك واختاري وقد بينا ان اختاري وامرك بيدك كنايتان عن التفويض لايقع بهما الطلاق الا بايقاعها بعده حتى لايدخل الامر في يدها الا بالنية ومايصلح جوابا وشتما ولايصلح ردا وهو خلية برية بتة باين حرام ومرادفها من اي لغة كان ومايصلح جوابا وردا ولايصلح سبا وشتيمة وهو اخرجي اذهبي قومي اغربي تقنعي ومرادفها من اي لغة كان ولم يذكر حكم مايصلح جوابا وردا وفي الهداية ويصدق لانه احتمل الرد وهو الادنى فيحمل عليه (ويصدق ديانة في الكل) اي كل الكنايات مع اختلاف الحالات لان الله تعالى مطلع على النيات (ولو قال ثلث مرات اعتدي ونوى بالاولى) من المكرر (طلاقا وبالباقي حيضا صدق) لانه نوى حقيقة كلامه مع شهادة الظاهر له اذ الزوج يأمر زوجته بعد الطلاق بالاعتداد (وان لم ينو) اي قال لم انو (بالباقي) شيئا الا طلاقا ولا حيضا (وقع الثلث)

لانه لما نوى بالاول الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان له فلا يصدق بخلاف ما
اذا قال لم انو بالكل شيئا لا يقع شيء لانه لا ظاهر يكذبه ولو قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاولين
لا تقع الا واحدة لان الحال عند الاولين لم يكن حال مذاكرته وعلى هذا اذا نوى بالثانية الطلاق
دون الاولى والثالثة تقع ثنتان وهذه على اثنى عشر وجها مذكور في التبيين وفي العيون والمرأة لا يحل
لها ان تمكنه اذا سمعت ذلك او علمت (وتطلق) اى المرأة (بلست لى بامرأة او لست لك بزوج ان نوى
الطلاق) عند الامام لان هذا يصلح انكار النكاح ويصلح انشاء للطلاق وكذا قوله ما انت لى امرأة
واما ما انا لك بزوج قالا لا لانه نفى النكاح وهو كذب فصار كما لو قال لم اتزوجك او قال الله ما انت لى
بامرأة او سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق فانه لا يقع شيء وان نوى فكذا هنا وفي الجوهرة
خلاف في مسئلة السؤال تتبع وانما قيد بان نوى لانه ان لم ينو لا يقع شيء بالاتفاق (والصريح يلحق)
الطلاق (الصريح) سواء كان صريحا باينا مثل ان يقال للمدخول بها انت طالق باين وطالق او طالق
باين او صريحا غير باين مثل ان يقال انت طالق وطالق وهي في العدة تطلق ثنتين لتعذر جعله اخبارا
لتعينه انشاء شرعا وكذا لا يصدق لو قال اردت الاخبار (و) يلحق الصريح (الباين) يعنى اذا ابانها
او خالعها على مال ثم قال لها انت طالق او هذه طالق في العدة يقع عندنا في حديث الخدرى مسندا
المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة خلافا للشافعي في الخلع لانه لم يصادف محله
(والباين) اى غير الصريح (يلحق الصريح) كما اذا قال للمدخول بها انت طالق ثم قال لها انت
باين في العدة فشمل ما اذا خالعها او طلقها على مال بعد الطلاق الرجعى فيصح ويجب المال
ويشكل عليه ما في القنية من انه لو طلقها على الف فقبلت ثم قال في عدتها انت باين لا يقع انتهى
فانه من قبيل الباين اللاحق للصريح وان كان باينا فانهم جعلوا الطلاق على مال من قبيل الصريح
فينبغي الوقوع واعلم ان الطلاق الثلث من قبيل الصريح اللاحق لصريح وباين وكذا الطلاق
على مال بعد الباين فانه واقع فلا يلزم المال فالمعتبر فيه اللفظ لا المعنى والكنايات التى هى بواين لا تلحق
المختلعة فاما الكنايات التى تقع رجعية فانها تلحق المختلعة كقوله بعد الخلع انت واحدة ثم نقل عن
الجواهر لو قال للمختلعة التى هى مطلقة بتطليقتين انت طالق يقع الطلاق بكونه صريحا وان كان
يصير ثلثا وهو باين وهذا ظاهر في اعتبار اللفظ لا المعنى والتفصيل في المنح فليطالع (لا) لا يلحق
الباين (الباين) بان قال للمدخول بها انت باين ثم قال في العدة انت باين لا تقع الثانية لامكان
جعله خبرا عن الاول فلا حاجة الى جعله انشاء لانه اقتضاء ضرورى حتى لو قال عنيت به البينونة
الغليظة ينبغي ان يعتبر وتثبت به الحرمة الغليظة كما في اكثر الكتب والمفهوم من هذا ان قولهم
الباين لا يلحق الباين ليس على اطلاقه بل اذا لم يكن المراد بالثانى البينونة الغليظة واما اذا كان
فيلحق وكذا قولهم والباين يلحق الصريح ينبغي ان لا يكون على اطلاقه لانه يلحق الصريح الباين
لاحتمال الخبرية عن الاول ان يدعى الفرق بين البايني فلا تصح الخبرية باحدهما عن الآخر تأمل
(الا اذا كان) الباين (معلقا بالشرط) قبل المنجز الباين فانه حينئذ يلحقه الباين يعنى لو قال
ان دخلت الدار فانت باين ينوى به الطلاق ثم ابانها فدخلت الدار وهى في العدة وقع عليها طلاق
آخر عندنا لانه لا يمكنه جعله خبرا لصحة التعليق قبله وعند وجود الشرط هى محل للطلاق فيقع
وقال زفر لا يقع فانه قاس المعلق على المنجز وانما قيدنا قبل المنجز لانه لو علق الباين بعد الباين المنجز
لم يصح التعليق كالتنجيز كما في البدايع فلا يخلو عبارة المصنف عن قصور تدبر وفي التنوير كل
فرقة هى فسخ من كل وجه لا يقع الطلاق في عدتها وكل فرقة هى طلاق يقع في عدتها

﴿باب التفويض﴾

اى تفويض الزوج تطليق زوجته اليها لما فرغ من بيان الطلاق
بولاية المطلق نفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره (واذا قال) الزوج (لها) اى للزوج

في الغضب او المذاكرة فلا يرد انه لبس على اطلاقه اذ قد مر ان في الصورتين لا حاجة الى النية (فاختارت) المرأة (نفسها في مجلسها الذي علمت به) اي بقوله اختاري بسماع او خبر وفيه اشعار بانه لا بد من علمها فلو خيرها ولم تعلم به فاختارت نفسها لم تطلق عندنا خلافا لزفر (فيه) اي في هذا المجلس وان امتد كما سيجيء (بانت بواحدة) لان المخيرة لها خيار المجلس باجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين اجماعا سكوتيا وما نقل من خلاف علي رضي الله تعالى عنه لم يثبت وتمامه في شرح الهداية (ولا تصح نية الثلث) لانه لا عموم للمقتضى ولا رجعية وان نوى لان اختيار النفس في البائن وعند الشافعي تصح نيتها وان لم ينو بانت برجعية وعند مالك واحمد يقع الثلث بلا نية (وان قامت) المرأة المخيرة ولو كرها (منه) من المجلس (او اخذت) اي شرعت (في عمل آخر) يخالفه (بطل) خيارها لان ذلك دليل الاعراض (ولا بد من ذكر النفس او الاختيارة في احد كلاميهما) لان الوقوع عرف سماعا فيتقيد به اجماعا فلو قال لها اختاري فقالت اخترت بطل الا ان يتصادقا على اختيار النفس كما في الدرر لكن في الفتح عدم الاكتفاء بالتصادق تأمل (وان قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي) بلفظ المضارع (او اخترت نفسي) بلفظ الماضي (تطلق) اذا نوى الزوج فالقياس ان لا يقع شيء وهو قول الائمة الثلثة لان هذا مجرد عد د وفي الاستحسان يقع ووجهه مذكور في شروح الهداية فليطالع (وان قال لها ثلث مرات اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة) ولا فرق بين ان يذكر الاخريين بعطف من واو او فاء او ثم او لم يذكر (يقع الثلث) عند الامام لانه اجتمع في ملكها طلقات ثلث بلا ترتيب كالمجتمع في المكان فاذا بطل الاولية والاوسطية والاخروية بقي مطلق الاختيار فصار كما لو قال اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلث (بلا نية) من الزوج وبلا ذكر النفس وانما لا يحتاج الى النية وان كانت من الكنايات لان في كلام الزوج ما يدل على ارادة الطلاق وهو تكرار اختاري فلا يحتاج الى ذكر النفس ايضا لزوال الابهام كما في اكثر الكتب لكن قال النسفي وفي الخانية والبدايع والمحيط ان النية شرط (فيها) لان التكرار لا يزيل الابهام وفي الفتح وهو الوجه وفي التبيين ينبغي ان يكون حذف النية فيها لشهرتها لا لانها ليست بشرط وفي البحر بعد نقل الخلاف والحاصل ان المعتمد رواية ودراية اشتراطها دون اشتراط النفس تدبع (وعندهما) تقع (واحدة باينة) لان هذا اللفظ يفيد الافراد والترتيب لان الاولى اسم لفرد سابق والوسطى اسم لفرد بين شيئين متساويين والاخيرة اسم لفرد لاحق والترتيب بطل لاستحالته في المجتمع في الملك وانما الترتيب في افعال الاعيان فيعتبر فيما يفيد وهو الافراد فصارت كانها قالت اخترت الطلقة (ولو قالت اخترت اختيارة) او الاختيارة او مرة او بمرة او دفعة او بدفعة او بواحدة او اختيارة واحدة (وقع الثلث اتفاقا) لانه جواب الكل حتى لو كان بمال لزم كله (ولو قالت) بعد قوله اختاري ثلثا (طلقت نفسي) تطليقة (او اخترت نفسي بتطليقة بانت بواحدة في الاصح) كما في اكثر المعتبرات لانه لا عبرة لايقاعها بل لتفويض الزوج (وقيل) قائله صاحب الهداية طلقت واحدة و (يملك الرجعة) لان في الصريح تقع رجعية والمفوض اليها صريح الطلاق وقد وقع في بعض نسخ الجامع على ما في الهداية وقال الصدر الشهيد وغيره هذا غلط من الكاتب لكن تعليل صاحب الهداية يأبى عنه والحمل على الرواية اولى تأمل (ولو قال امرك بيدك) او كفك او يمينك او شمالك او فمك او لسانك او غيرها (في تطليقة واحدة او) قال (اختاري تطليقة فاختارت نفسها) فالفاء عاطفة اي فقالت اخترت نفسي (وقع واحدة رجعية) لانعدام الكناية بالصريح ولان العبرة للامر فيحمل الاختيار عليه وفي المبسوط لو قال لها طلقي نفسك فقالت قد اخترت نفسي كان باطلا لان لفظ الاختيار اضعف من لفظ الطلاق الا يرى ان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون الاختيار فالاضعف لا يصلح جوابا للاقوى والاقوى

يصلح جوابا للاضعف وفي الاختيار ولو خيرها فقالت اخترت نفسي لا بل زوجي لا تقع لانه للاضراب عن الاول فلا يقع لكنه مخالف لعامة المعتبرات بل هو سهو تتبع (ولو قال امرك بيدك) حال كونه (ينوي به ثلثا فقالت اخترت نفسي بواحدة او بمرة واحدة وقع الثلث) لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد على الاصح المختار لانه ابلغ في التفويض البهام من الامر باليد واراد بنية الثلثة تفويضها وانما صح نية الثلث لانه جنس يحتمل العموم والخصوص فايهما نوى صحت نيته وان لم ينو شيئا ثبت الاقل وكذا اذا نوى ثنتين وذكر النفس خرج مخرج الشرط حتى لو لم يذكرها لا يقع وفيه تفصيل في الفتح فليراجع (وان قالت) في جواب امرك بيدك (طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فواحدة بائنة) اذ الواحدة صفة لابد لها من موصوف فيجب تقدير ما يدل عليه المذكور السابق والسابق فيه هنا قولها طلقت فيجب تقدير التطليقة فوقعت واحدة (ولو قال) لها (امرك بيدك اليوم وبعد غد لا يدخل الليل) فيه حتى لا يكون لها الخيار بالليل لان كل واحد من اليومين ذكر مفردا واليوم المفرد لا يتناول الليل ولا يمكن ان يجعل امرا واحدا لتخلل ما يوجب الفصل بين الوقتين فكان امرين ضرورة (وان ردته) اي المخيرة الامر (في اليوم) في هذه المسئلة (لا ترتد) الامر (بعد غد) لانه لما ثبت انهما امران لانفصال وقتهما ثبت لها الخيار في كل واحد من الوقتين على حدة فبرد احدهما لا يرتد الاخر وفيه خلاف زفر (وان قال) امرك بيدك (اليوم وغدا يدخل الليل) لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الامر وكان امرا واحدا وهذا لان تخلل الليلة لا يفصلها لان القوم قد يجلسون للمشورة فيهجم الليل ولا تنقطع مشورتهم ومجلسهم كما في الهداية وغيرها لكن في الفتح لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل في التمليك المضاف الى اليوم وغده لانه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى وهو هجوم الليل ومجالس المشورة لم ينقطع تتبع (وان ردته اليوم لا يبقى) الامر في يدها (غدا) كما لا يبقى في النهار اذا قال امرك بيدك اليوم وردت في اوله ولو قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا فهما امران حتى ان ردت الامر في اليوم لكان لها ان تختار في الغد وهو مروي عن ابي يوسف قال شمس الائمة وهذا صحيح لاستقلال كل واحد من الكلامين فلا حاجة الى ارتباطه بما قبله وذكر في الخانية هذه ولم يذكر فيها خلافا (ولو مكثت الزوجة) (بعد التفويض) في مجلس التفويض وبلوغ الخبر (يوما) او اكثر منه (ولم تقم) هي من المجلس ولم تأخذ في عمل آخر فيده به لانه لو خيرها ثم قام هو لم يبطل (او كانت قائمة فجلست) لان الجلوس اجمع للرأي وكذا لا يبطل لو مشت من جانب بيت الى جانب آخر بخلاف ما لو ذهبت الى مجلس آخر يغايره عرفا (او) كانت (جالسة فاتكأت) هذه رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان ذلك دليل التهاون فكان اعراضا والاول اصح (او) كانت (متكئة فقعدت) ولو كانت قاعدة فاضطجعت فيه روايتان عن ابي يوسف (او) كانت (على دابة) سائرة (فوقفت) او نزلت (اودعت اباها) اوغيره (للمشورة او) دعت شهودا (للاشهاد) كما في اكثر المعتبرات لكن في القهستاني خلاف تتبع (لا يبطل خيارها) لان كلا منها لجمع الرأي فيتعلق بما مضى ولا يكون دليلا على الاعراض الا ان تقوم قرينة على الاعراض وكذا لا يبطل لو سبحت او قرأت او اتمت المكتوبة او اكلت شيئا يسيرا اوشربت اولبست ثيابها من غير قيام بخلاف ما لو اشتغلت بنوم او اغتسال او امتشاط او اختضاب او تمكن من الزوج فيبطل (وان سارت دابتها) بعد التفويض والدابة واقفة (بطل) خيارها لان سيرها ووقوفها مضافان اليها (لا بسير فلك هي) اي المرأة (فيه) اي في الفلك لان سيره غير مضاف الى راكبه لعدم قدرته على الايقاف (ولو قال لها طلقي نفسك ولم ينو به) طلاقا (او نوى واحدة فطلقت) اي فقالت طلقت نفسي (وقعت) طلقة (رجعية) لانه صريحه (وكذا) تقع رجعية (لو قالت) في جوابه

(ابنت نفسي) اما وقوع الطلاق فلان الابانة من الفاظه بدليل الوقوع بابنتك فصلحت جوابا اطلق نفسك واما كونه رجعيا فلان المفوض اليها هو الرجعي وقد اتت بزيادة وصف وهي البينونة فيلغو ذلك والمخالفة في الوصف لا تعدم الاصل فلا تعد خلافا لكونه تبعا وعن الامام لايقع شئ لانها اتت بغير ما فوض اليها كما في الاختيار (وان طلقت ثلثا) جملة او متفرقا بعد ما قال الزوج طلقي نفسك بخلاف ما لو قال طلقي نصف تطليقة فطلقت واحدة او ثلثا فطلقت الفا حيث لايقع شئ لان المخالفة في الاصل (ونواه) اي الزوج (وقعن) اي الثلث لانه مختصر من افعلي فعل الطلاق الدال على الواحد الحقيقي والحكمي (ولغت نية الثنتين) في الحرة وتقع واحدة كما بيناه آنفا (ولو قالت) في جوابه (اخترت نفسي لاتطلق) لانه ليس من الفاظه لاصريحا ولا كناية بدليل عدم الوقوع باختاري (ولا يملك) الزوج (الرجوع بعد قوله طلقي نفسك) لما فيه من معنى التعليق (ويتقيد بالمجلس) فلو قامت من مجلسها بطل خيارها لانه تمليك الطلاق (الا اذا قال) مع قوله طلقي نفسك (متى شئت) فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لعموم متى في الاوقات فدخل اذا واذا ما ولايرد على قول الامام في اذا انها بمنزلة ان عنده فلايقتضي بقاء الامر في يدها لانها يمكن ان تعمل شرطا فيتقيد وان تعمل ظرفا فلايتقيد والامر صار في يدها فلايخرج بالشك وفي البحر وحين بمنزلة اذا وكلما كمتى في عدم التقيد بالمجلس مع اختصاصها بافادة التكرار الى الثلث بخلاف ان وكيف وحيث وكم واين وايما فانها تتقيد بالمجلس (ولو قال لها طلقي ضرتك او) قال (لآخر طلق امرأتي يملك الرجوع) قبل تصرفه (ولايتقيد بالمجلس) لانه توكيل (الا اذا زاد ان شئت) لانه علق بمشيئته فصار تمليكا لاتوكيلا فيتقيد بالمجلس ولايرجع عنه واعترض عليه في العناية بان كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى في هذه الصورة ويمكن الجواب بان يقال المفهوم من هذا ان العامل لنفسه قصدا اصليا لايكون مالكا وهذا كاف فيما هو المقصود لا كون المالك كذلك البتة كما فهمه واورد الاعتراض بناء عليه بل المالك من يتصرف برأي نفسه اوغيره كما قال يعقوب باشا في حاشيته وعند الشافعي واحمد وزفر لايتقيد بالمجلس هنا ايضا (ولو قال لها طلق نفسك ثلثا فطلقت واحدة وقع واحده) لانها في ضمن تمليك الثلث (وفي عكسه) يعني لو قال لها طلق نفسك واحدة فطلقت ثلثا (لايقع شئ) عند الامام لانه فوض اليها بايقاع الطلاق الواحد قصدا الا في ضمن الثلث كما في شرح الوقاية وفيه كلام وهو انه اذا ثبت المخالفة على القصد وعدمه ينبغي ان لاتقع الواحدة ايضا في المسئلة الاولى لان المفوض اليها الواحدة في ضمن الثلث لا الواحدة قصدا كما لايخفى والاولى ان يقال على ان الثلث غير الواحدة لوجود التركيب فيه دونها ولم تثبت الواحدة من الثلث ايضا لانها قائمة لهذه الجملة ولم تثبت الجملة فكيف ثبت ما يتقوم بهما لان المتضمن متى لم يثبت لم يثبت ما في ضمنه كما في اكثر الشروح تأمل (وعندهما يقع واحدة) للغو الزيادة اما لو قال امرك بيدك ونوى واحدة فطلقت نفسها ثلثا قال في المبسوط وقعت واحدة اتفاقا (وفي طلق نفسك ثلثا ان شئت فطلقت واحدة لايقع شئ) لان معناه ان شئت الثلث فكان تفويض الثلث معلقا بشرط وهو مشيتها اياها ولم يوجد الشرط لانها لم تشأ الا واحدة ولافرق بين المدخول بها وغيرها (وكذا في عكسه) يعني لو قال لها طلق نفسك واحدة ان شئت وطلقت ثلثا حيث لايقع عند الامام لان مشية الثلث ليست مشية الواحدة كايقاعها فلم يوجد الشرط (وعندهما يقع واحدة) لان مشية الثلث تتضمن مشية الواحدة كما ان ايقاعها يتضمن ايقاع الواحدة فوجد الشرط وفي الخانية ولو قال لها طلق نفسك عشرا ان شئت فقالت طلقت نفسي ثلثا لايقع وكذا لا يقع لو قال لها انت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة (ولو امرها بالبائن) بان قال طلق نفسك بائنة واحدة (او الرجعي) بان قال طلق نفسك واحدة رجعية (فعكست) المرأة بان قالت طلقت نفسي واحدة

﴿ رجعية ﴾

رجعية في الاولى اوباينة في الثانية (وقع ما امر به) الزوج فوقع في الاولى البائن وفي الثانية الرجعي لانها اتت بالاصل وزيادة وصف فيلغو الوصف ويبقى الاصل (ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال) الزوج (شئت) حال كونه (ينوي الطلاق لا يقع) شئ لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فيخرج الامر من يدها بالاشتغال بما لم يفوض اليها من الشرط وان نوى الطلاق اذ ليس في كلامه ولا في كلامها ذكر الطلاق فبقي قوله شئت مبهما والنية لا تعمل في غير المذكور اما لو قالت شئت طلاقي فقال شئت ناويا الطلاق فوقع لان المشية تنبئ عن الوجود لانها من الشئ وهو الموجود بخلاف ما لو قال اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود بل هي طلب لنفس الوجود عن ميل ولا يلزمنا ان الارادة والمشية سيان عند المتكلمين من اهل السنة لان ذلك من الصفات الباري جلت قدرته وكلامنا في ارادة العباد وجاز ان يكون بينهما تفرقة بالنظر الينا وتسوية بالنظر اليه تعالى لان ما اراده يكون لا محالة وكذا سائر صفاته تعالى مخالف لصفاتنا وتمامه في الفتح (وكذا لو علقت المشية بمعدوم) يعني اذا قال انت طالق ان شئت فقالت شئت ان كان كذا الامر لم يجئ بعد لم يقع شئ وفي المبسوط لو قال اذا طلقت امرأتي فهي طالق ثلثا قبله لا تطلق اذا قال انت طالق لان الجزاء واقع عند تحقق الشرط واذا تحقق الجزاء وهو الثلث لا يتحقق الشرط فلا يقع ويسمى طلاقا دوريا لان تحقق الثلث موقوف على تحقق الطلاق الواحد وتحقق الواحد موقوف على عدم وقوع الثلث واما اعتراض ابن ملك عليه وتنظيره بقوله انت طالق امس فليس بشئ لظهور الفرق تتبع (وان علقت بموجود) اي لو قالت شئت ان كان فلان قد جاء وقد جاء (وقع) الطلاق لان التعليق بامر كائن تنجيز واعترض عليه بانه لا يكفر من قال انا يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه قد فعله فانه يقتضي على هذا الكفر واجيب بمنع عدم الكفر وبعد التسليم نقول هذه الالفاظ كناية عن اليمين اذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل فكذا اذا كان ماضيا تحاميا عن تكفير المسلم ثم الاصل فيه انه متى علقه بمشيتها اوارادتها او رضاها اوهواها اوحبها يكون تمليكا فيه معنى التعليق فيقتصر على المجلس لما فيه من معنى التخيير فصار كالامر باليد بخلاف ما علقه بشئ آخر من افعالها كاكلها وشربها ونحو ذلك حيث لا يقتصر على المجلس لانه تعليق محض وليس فيه معنى التمليك كما في التبيين وغيره (ولو قال انت طالق متى شئت او متى ما شئت او اذا شئت او اذا ما شئت فردت الامر) بان قالت لا اشاء (لا يرتد) ولا يقتصر على المجلس فلها ايقاع الطلاق في اي وقت شاء لانه ملكها الطلاق وقت مشيتها الا قبله فلا يرتد (ولها ان تطلق) نفسها (واحدة متى شاءت ولا تزيد) لان هذه الالفاظ للزمان وان استعملت اذا ونحوها للشرط عند الامام فلا تخرج عن موضعها بالشك ولا تجب حملها على الشرط لصدور التعليق من غير من له المراد فلا تناقض فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق (ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق ثلثا متفرقا) اي في ثلثة مجالس فلا تطلق نفسها في كل مجلس اكثر من واحدة لان كلما لعموم الانفراد لا لعموم الاجتماع ولهذا قال (لا مجموعا) اي فلو طلقت نفسها ثلثا مجموعا لم يقع شئ عند الامام وعندهما تطلق واحدة ولا يرتد بالرد وفي المنح كلمة كل تستعمل بمعنى الاستغراق بحسب المقام وقد تستعمل بمعنى الكثير كقوله تعالى تدمر كل شئ بامر ربها اي كثيرا ويفيد التكرار بدخول ما عليها دون غيرها من ادوات الشرط ولا تملك الايقاع لو عادت اليه (ولا بعد زوج آخر) لان التفويض قد انتهى بالتثليث وفيه خلاف زفر والشافعي في قول ولو قال بعد التحليل مكان زوج آخر لكان اظهر (ولو قال انت طالق حيث شئت او اين شئت لا تطلق ما لم تشأ) الطلاق (في مجلسها) وان قامت من مجلسها فلا مشية لها لانهما اسمان للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ذكرهما لكن فيهما معنى التأخير وحروف الشرط كذلك فيجعلان مجازا عن حرف الشرط

ثم الاصل فی حروف الشرط المتمحضة للشرطية ان دون متی وما فی معناها والاعتبار بالاصل فيقيد بالمجلس وبما قررنا اندفع سؤال ان احدهما اذا لغی ذکر المکان ينبغی ان يتنجز ثانيهما انه اذا کان مجازا عن الشرط فلم حمل علی ان دون متی (ولو قال انت طالق کيف شئت فان شاءت موافقة لنيته رجعية او بائنة او ثلثا وقع کذلک) ای ما شاءت موافقا لنيته لثبوت المطابقة بين مشيتها وارادته (وان تخالفا) ای ارادت المرأة ثلثا والزوج واحدة بائنة او بالعکس (تقع) طلقة (رجعية) لانه لغت مشيتها لعدم الموافقة فبقی ايقاع الزوج بالصريح ونيته لا تعمل فی جعله بائنا ولا ثلثا (وکذا) يقع رجعية (ان لم تشأ) لوجود اصل الطلاق لان المفوض اليه هو الکيف والوصف (وعندهما) والائمة الثلثة (لا يقع شیء) لان هذا تفويض الطلاق اليها علی ای وصف شاءت وانما يکون کذلک اذا تعلق اصل الطلاق بمشيتها فاذا لم تشأ لا يقع لکن رجح قول الامام لان کيف للاستيصاف عن الشیء ولا يتصور تمکن ذلک الا بعد وجود الاصل وفيما قالا تعليق الاصل وابطاله لاجل الوصف وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا قامت عن المجلس قبل المشية فعنده تقع طلقة رجعية وفيما اذا کان ذلک قبل الدخول فانه تقع عنده طلقة وعندهما لا يقع شیء فی الصورتين والرد کالقيام کما فی التبيين وغيره (وان لم يکن له نية يقع ما شاءت) بالاتفاق علی اختلاف الاصلين اما علی اصله فلانه اقامها مقام نفسه فی اثبات الوصف لان کيف للحال والزوج لو اوقع رجعيا يملک جعله بائنا وثلثا عند الامام فکذا المرأة عنده هذا التفويض تملک جعل ما وقع کذلک واما عندهما فکذا يملک ايقاع البائن والثلث لانه تفويض اصل الطلاق اليها علی ای وصف شاءت کما فی الفتح (ولو قال) لها (انت طالق کم شئت او ما شئت طلقت ما شاءت) واحدة او اکثر لان کم اسم العدد وما عام فيتناول الکل (فی المجلس لا بعده) فان قامت بطل خيارها لانه امر واحد وهو تمليک فی الحال وليس فيه ذکر الوقت فاقتضی جوابا فی المجلس وان ردته کان ردا (وان قال) لها (طلقی نفسک من ثلث ما شئت فلها ان تطلق ما دون الثلث) بالاجماع (لا الثلث) عند الامام (خلافا لهما) نظرا الی ان ما للعموم ومن للبيان وله ان من للتبعيض ورجحه ابن الکمال فی تحريره بان تقديره علی البيان ما شئت مما هو الثلث وطلقی ما شئت واف به فالتبعيض مع زيادة الثلث اظهر وفی المنح ومثله اختاری من الثلث ما شئت

﴿باب التعليق﴾

ای تعليق الطلاق بشیء لما فرغ من بيان ابحاث المنجز شرع فی المعلق والتعليق من علقه تعليقا جعله معلقا وفی الاصطلاح هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة اخری (انما يصح) التعليق حال کونه (فی الملک) ای القدرة علی التصرف فی الزوجية بوصف الاختصاص وذلک عند وجود النکاح او العدة مع حل العقد فانه لو وجد احدهما والمرأة مدخولة محرمة بالمصاهرة لم يصح التعليق فيه فمن بعض الظن تأويل الملک بوجود النکاح والمتبادر ان الملک لم يشترط لصحة التنجيز وليس کذلک وبقاء الملک فی عدة الرجعی مما لا خلاف فيه واما فی عدة البائن ففيه خلاف کما فی القهستانی (کقوله لمنکوحته) او معتدته (ان زرت فانت طالق) فيقع بعد وجود الشرط وهو الزيارة ولو کان المعلق عاقلا وقت التعليق ثم جن عند الشرط لانه هو ايقاع حکما الا يری انه لو کان عنينا او مجبوبا يفرق بينهما ويجعل طلاقا (او مضافا الی الملک) بان يعلق علی نفس الملک نحو ان ملکت طلاقک فانت طالق او علی سببه (کقوله لاجنبية ان نکحتک) ای تزوجتک (فانت طالق) فان النکاح سبب للملک فاستعير السبب للمسبب ای ان ملکتک بالنکاح فيقع ان نکحها لوجود الشرط وفی الزاهدی قد ظفرت برواية عن محمد انه لو اضاف الی سبب الملک لم يصح التعليق کما قال بشر المريسی لان الملک يثبت عقيب سببه والجزاء يقع عقيب شرطه فلو صح تعليقه به لکان الطلاق مقارنا لثبوت الملک والطلاق المقارن لثبوت الملک اولی ان لا يقع کما لو قال انت طالق مع نکاحک او فی نکاحک او مع موتی او مع موتک وتمامه فی التبيين فليطالع ولا فرق بين ما اذا خصص او عمم کقوله

كل امرأة خلافا لمالك فانه قال اذا لم يسم امرأة بعينها اوقبيلة اوارضا اونحو هذا فلا يلزمه ذلك وقال الشافعي لايصح التعليق المضاف الى الملك وتفصيل دليلنا ودليهما مذكور فى المطولات فليطالع ثم التعليق قد يكون بصريح الشرط وهو ظاهر وقد يكون بمعناه ويشترط حينئذ ان تكون المرأة غير معينة مثل ان يقول المرأة التى اتزوجها طالق بخلاف هذه المرأة التى اتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لانها لما تعرفت بالاشارة لم يراع فيها صفة التزوج بل الصفة فيها لغو فبقى قوله هذه طالق (ولوقال) الظاهر بالفاء لكونه تفريعا لما قبله (للاجنبية ان زرت فانت طالق فنكحها فزارت لاتطلق) لعدم الملك ولا الاضافة اليه خلافا لابن ابى ليلى وفى شرح المجمع نقلا عن المحيط ولوقال كل امرأة اجتمع بها فى فراش فهى طالق فتزوج امرأة لاتطلق وكذا لوقال كل جارية اطأها فهى حرة واشترى جارية فوطأها لم تعتق لان العتق غير مضاف الى الملك (والفاظ الشرط ان) وهى اصل فيه لوضعها له وماوراءها ملحق بها (واذا واذاما وكل) وكلمة كل ليست بشرط حقيقة لان مايليها اسم والشرط مايتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال لكنها الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذى يليها كقوله كل امرأة اتزوجها فكذا (وكلما ومتى ومتما) ومن جملتها لوومن واى واياما واين وانى ثم متى تقدم الجزاء على الشرط امتنع ان يرتبط بحرف الفاء ومتى تأخر عنه وجب ان يرتبط به اذا كان واحدا من سبع وجمعها قول الشاعر وهو ❊طلبية واسمية وبجامد ❊وبما وان وبقد وبالتنفيس ❊ فلوقال ان دخلت الدار انت طالق يتنجز عند محمد وان نوى التعليق وهو قول اكثر اصحاب الشافعى لعدم مابه التعليق وهو الفاء ولايتنجز عند ابى يوسف وهو قول احمد وبعض اصحاب الشافعى لان ذكر هذا الكلام لارادة التعليق ولوقال انت طالق وان دخلت الدار يتنجز لان معناه فى كل حال وكذا لوقال انت طالق ان دخلت الدار بفتح الهمزة لان ان للتعليل ولايشترط وجود العلة وتمامه فى الفتح فليطالع (ففى جميعها) اى جميع الالفاظ (اذا وجد الشرط انتهت اليمين) لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط واذا تم وقع الحنث فلا يتصور الحنث مرة اخرى الا بيمين اخرى اوبعموم تلك اليمين والبس فلبس وفى الفتح وان مع لفظ ابدا مؤدى لفظ متى بانفراده فاذا قال ان تزوجت فلانة ابدا فهى طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لاتطلق ومن غرائب المسائل مافى الغاية من قال لنسوة له من دخل منكن فهى طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لان الفعل وهو الدخول اضيف الى جماعة فيراد به عمومه عرفا مرة بعد اخرى وفى المحيط لوقال اى امرأة اتزوجها فهى طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة اتزوجها حيث يعم بعموم الصفة فاذا تزوج امرأة حنث وانحلت اليمين فى حقها وبقيت فى حق غيرها فاذا تزوجها بعد ذلك لم يقع شئ لعدم تجدد الاسم واذا تزوج غيرها حنث لبقاء اليمين فى حقها واستشكل حيث لم تعم اى امرأة اتزوجها بعموم الصفة كما فى اكثر المعتبرات (الافى) كلمة (كلما فانها تنتهى) اليمين (فيها بعد الثلث) فى الحرة والثنتين فى الامة هذا استثناء من انتهت يعنى ان وجد الشرط المذكور انتهت اليمين الا فى كلمة كلما لانها تقتضى عموم الافعال فاذا وجد فعل فقد وجد المحلوف عليه وانحلت اليمين فى حقه ويبقى فى حق غيره فيحنث اذا وجد غير ان المحلوف عليه طلقات هذا الملك وهى متناهية فتنتهى اليمين بانتهائها (مالم تدخل) تلك الكلمة (على) صيغة (التزوج) لدخولها على سبب الملك (فلو قال) تفريع لما قبله (كلما تزوجت امرأة فهى طالق تطلق بكل تزوج ولو) وصلية (بعد زوج آخر) لان صحة هذا اليمين باعتبار مايحدث من الملك وهو غير متناه وعن ابى يوسف انه لودخل على المنكر فهو بمنزلة كل وتمامه فى المطولات والحيلة فيه عقد الفضولى اوفسخ القاضى الشافعى وكيفية عقد الفضولى ان يزوجه فضولى فاجاز بالفعل بان ساق المهر ونحوه لابالقول فلا تطلق بخلاف ما اذا وكل به لانتقال العبارة

اليه وكيفية الفسخ ان يزوج الحالف امرأة فيرفعان الامر الى القاضى فيدعى انه زوجها وقد تمردت
عليه وزعمت انها بالحلف صارت مطلقة فيلتمس من القاضى فسخ اليمين فيقول فسخت هذه
اليمين وابطلتها وجوزت النكاح فان امضاه قاض حنفى بعد ذلك كان اجود وعقد الفضولى اولى
فى زماننا من الفسخ لكن فى الجواهر ان الفسخ اولى لكونه متفقا عليه الا فى رواية عن ابى يوسف
ثم ان كان الحالف شابا فاقدامه عليه افضل من العزوبة وان كان شيخا فالعزوبة اولى كما فى القهستانى
وفى الفتح وغيره ومن لطيف مسائلها اذا قال لامرأته وقد دخل بها كلما طلقتك فانت طالق فطلقها
تقع طلقتان ولو قال كلما وقع طلاقى عليك فانت طالق فطلقها واحدة وقع الثلث (وان قال كلما
دخلت) الدار (فانت طالق لا تطلق بعد الثلث وزوج آخر) اى بعد العود عن زوج آخر لانه
لا يملك فى هذا النكاح الا الثلث وقد استوفاه وقال زفر يقع وهو بناء على ان التنجيز مبطل للطلاق
عندنا خلافا له وفى القهستانى ان دوام الفعل بمنزلة انشائه فلو قال كلما قعدت عندك فانت طالق
فقعد عندها ساعة طلقت ثلثا ولا يلزم التكرار ان يكون فى الزمانين فلو قال كلما ضربتك فانت طالق
فضربها بيديه طلقت ثنتين لان الضرب بكل يد كالضرب بضغث (وزوال الملك) بعد اليمين
(لا يبطل اليمين) لانه لم يوجد الشرط والجزاء باق لبقاء اليمين فيبقى اليمين والمراد زواله بطلقة او طلقتين
اما اذا زال بثلث طلقات فانه يزيلها الا اذا كانت مضافة الى سبب الملك فحينئذ لا يبطل بالثلث
ايضا كما مر بيانه ثم فرعه بشرط بقوله (والملك شرط لوقوع الطلاق) المعلق (لا) شرط
لانحلال اليمين) فانها تنحل بوجود الشرط فى الملك وبوجوده فى غير الملك ثم بين ما يفرع عليه
بالفاء بقوله (فاذا وجد الشرط فيه) اى فى الملك بان كان النكاح قائما او كان فى العدة (انحلت اليمين
(ووقع الطلاق والا) اى وان لم يوجد الشرط فى الملك بان وجد فى غيره (انحلت) اليمين لوجود
الشرط حقيقة (ولا يقع) شئ لعدم المحلية فان قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا
فاراد ان يدخلها من غير ان يقع الثلث فحيلته ان يطلقها واحدة ثم يدخلها بعد انقضاء العدة
ثم يتزوجها فان دخلها بعد ذلك لا يقع شئ لانحلال اليمين (وان اختلفا) اى الزوجان (فى وجود
الشرط) فقالت وجد الشرط فى الملك فوقع الطلاق وقال بخلافه (فالقول له) مع يمينه لانه المنكر اعلم
ان ظاهر المتون يقتضى انه لو علق طلاقها بعدم وصول المال فالقول له لكن فى العمادى وغيره لو جعل
امرها بيدها ان لم تصل النفقة فى وقت كذا ثم اختلفا فى وصولها فالقول لها على الاصح وفى المنح وجزم
شيخنا فى فتواه بما يقتضيه كلام اصحاب المتون والشروح لانها الكتب الموضوعة لنقل المذهب تتبع (الا
اذا برهنت) اى اقامت المرأة البينة على وجود الشرط لانها اثبتت امرا حادثا وان كان الشرط عدميا
فان برهانها عليه مقبول فلو حلف ان لم تجئ صهرتى هذه الليلة فامرأتى كذا فشهد انه حلف
كذا ولم تجئ صهرته فى تلك الليلة وطلقت امرأته تقبل لانها على النفى صورة وعلى اثبات الطلاق
حقيقة والعبرة للمقاصد لا للصور (وفيما) اى شئ علق بشرط (لا يعلم) وجود ذلك الشرط (الا منها)
كالحيض (القول لها) اى المرأة (فى حق نفسها) خاصة استحسانا لانها امينة فى حق نفسها اذ
لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها فى العدة اذا اخبرت بانقضائها ويحرم وطؤها اذا اخبرت برؤية
الدم ويحل اذا اخبرت بانقطاعه والقياس ان لا تصدق فى حق نفسها ايضا لانه شرطه فلا تصدق
فيه كما فى الدخول وفيه اسؤلة واجوبة فى شروح الهداية وغيرها فليطالع (لا فى حق غيرها)
لانها شاهدة فى حق ضرتها بل هى متهمة فلا يقبل قولها فى حقها وهو تصريح بما علم ضمنا فلا حاجة
اليه الا انه ذكر توطئة لما بعده هو قوله (فلو قال ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت
طلقت هى لا) تطلق (فلانة) لما ذكر وفى النهاية وغيرها هذا اذا كذبها الزوج فى قولها واما
اذا صدقها طلقت فلانة ايضا لكن فيه كلام وهو ان الكلام فى صورة الاختلاف فى وجود الشرط

تأمل وفي التبيين انما يقبل قولها اذا اخبرت والحيض قائم فاذا انقطع لا يقبل قولها لانه ضروري فيشترط فيه قيام الشرط (وكذا) يقبل قولها في حق نفسها لا في غيرها (لو قال ان كنت تحبين عذاب الله فانت طالق وعبدي حر فقالت احب طلقت) المرأة (ولا يعتق) العبد فان قيل تيقنا بكذبها حين قالت احب عذاب الله فلم تطلق اجيب بمنع التيقن فان الانسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال الى درجة يحب الموت فيها فجاز ان يحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب في الحال على تمني الخلاص منه بالعذاب ولو قال لها ان كنت تحبيني بقلبك فانت طالق فقالت احبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند الشيخين لان المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء وقال محمد لا تطلق ديانة الا اذا صدقت لان الاصل في المحبة هو القلب واللسان خلف عنه والتقييد بالاصل يبطل الخلفية واعلم ان التعليق بالمحبة كالتعليق بالحيض الا في شيئين احدهما ان التعليق بالمحبة يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت احبه لا تطلق والتعليق بالحيض لا يبطل بالقيام كسائر التعليقات والثاني انها اذا كانت كاذبة في الاخبار تطلق في التعليق بالمحبة لما قلنا وفي التعليق بالحيض لا تطلق ديانة كما في اكثر الكتب وفي الفتح وقال ابو جعفر اذا قالت المرأة لزوجها شيئا من السب نحو قرطبان وسفلة فقال ان كنت كما قلت فانت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت او لم يكن (ولا يقع) الطلاق (في) قوله (ان حضت ما لم يستمر الدم ثلثا) اى ثلثة ايام لانه يحتمل ان تكون مستحاضة (فاذا استمر) الدم ثلثة ايام (وقع) الطلاق (من ابتدائه) اى من حين رأت الدم لانه بالامتداد ظهر انه من الرحم حتى لو كانت غير مدخول بها وتزوجت عند رؤية الدم صح نكاحها ولو كان المعلق بحيضها عتق عبد فجنى او جنى عليه عند رؤية الدم فهو في الجناية كالاحرار (ولو قال ان حضت حيضة يقع) الطلاق (اذا طهرت) من حيضها وذلك اما بمضي العشرة مطلقا او بانقطاع الدم مع اخذ شئ من احكام الطاهرات اذا انقطع لاقل منها وكذا اذا قال ان حضت نصف حيضة لان الحيضة اسم للكامل وهي لا تتجزى ولو قال الحائض اذا حضت فانت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ولو قال الطاهر اذا طهرت فانت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم طهرت كما في الشمني وقال زفر اذا مضى لحيضها خمسة ايام يقع (ولو قال ان ولدت ذكرا فانت طالق واحدة وان ولدت انثى فانت طالق ثنتين فولدتهما) اى ذكرا وانثى (و) الحال انه (لم يدر الاول) منهما (تطلق واحدة قضاء) لتعينها (وثنتين تنزها) اى تباعدا عن الحرمة حتى انه اذا كان طلقها قبل هذا واحدة فلا ينبغي له ان يتزوجها الا بعد زوج آخر (وتنقضي العدة) بيقين لان الحامل تنقضي عدتها بوضع حملها فان ولدت الذكر اولا انقضت عدتها بوضع الانثى وان ولد الانثى انقضت عدتها بوضع الذكر هذا اذا لم يعلما واما اذا علم الاول فلا اشكال وان اختلفا في الاول فالقول قول الزوج وان ولدت غلاما وجاريتين ولا يدرى الاول يقع ثنتان قضاء وثلث تنزها وان ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة قضاء وثلاث تنزها ولو قال ان كان حملك غلاما فطالق واحدة او جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لان الحمل اسم للكل فالم يكن جارية او غلاما لم تطلق كما في قوله ان كان ما في بطنك غلاما والمسئلة بحالها لان كلمة ما عامة وكذا لو قال ان كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق او دقيقا فطالق فاذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق ولو قال ان كان في بطنك والمسئلة بحالها وقعت ثلثا ولو قال ان ولدت ولدا فانت طالق فان كان الذي تلدينه غلاما فانت طالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلث لوجود الشرطين لان المطلق موجود في ضمن المقيد وهو قول مالك والشافعي كما في اكثر الكتب (ولو علق) طلاقا او عتقا (بشرطين) بان قال لها ان دخلت دار زيد ودار عمرو او قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق (شرط للوقوع وجود الملك عند آخرهما) حتى لو طلقها بعد ما علق طلاقها بشرطين فانقضت عدتها ثم وجد احد الشرطين وهي مبانة

ثم زوجها فوجد الشرط الآخر وقع عليها الطلاق المعلق عندنا خلافا لزفر ووقع في الدرر علق الثلث بشيئين وعدل عن قول الكنز وهو والملك يشترط لآخر الشرطين لما قال في الفتح وجعله في الكنز مسئلة الكتاب من تعدد الشرط ليس بذاك لان تعدد الشرط بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه ولا يستلزم تعدده تعدده فانها والكلمتين معا اوقع الطلاق او وجود الشرط وغايته تعدد بالقوة انتهى لكن قوله في جعله مسئلة الكتاب من تعدد الشرط سهو لانه انما جعله من قبيل الشرط المشتمل على وصفين وعليه حمل عبارته لا من قبيل تعدد الشرط كما في البحر (فان وجدا) اى الشرطان (او آخرهما فيه) اى في الملك (وقع) الطلاق (وان وجدا او آخرهما لافيه لا يقع) لاشتراط الملك حالة الحنث وقال الزيلعي وهذه المسئلة على اربع اوجه اما ان يوجد الشرطان في الملك فيقع بالاتفاق او يوجدان في غير الملك او يوجد الاول في الملك والثاني في غيره فلا يقع ايضا او يوجد الاول في غيره والثاني فيه فيقع عندنا خلافا لزفر (ويبطل تنجيز الثلث تعليقه) وانما لم يقل والتنجيز يبطل التعليق لان تنجيز ما دون الثلث لا يبطل التعليق فلا حاجة الى قوله لا تنجيز ما دونها كما قيل بل هو مستدرك (فلو علقها) اى الثلث (بشرط ثم نجزها) اى الثلث (قبل وجوده) اى الشرط (ثم تزوجها بعد التحليل فوجد) الشرط (لا يقع شئ) يعني اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم نجزها وقال انت طالق ثلثا فتزوجت بزوج آخر ثم عادت اليه فدخلت الدار لم تطلق عندنا خلافا لزفر والشافعي في قول اما لو ابانها بثنتين قبل ان تدخل الدار والمسئلة بحالها ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم دخلت الدار طلقت ثلثا عند الشيخين واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلث ثم بدخولها الدار طلقت ثلثا وعند محمد وزفر والائمة الثلثة لا يهدم الزوج ما دونها فتعود اليه بما بقي كما في الهداية وفي الفتح وثمرته لا تظهر في هذه الصورة للاتفاق فيها على وقوع الثلث بل فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار مثلا ثم طلقها طلقتين ثم عادت الى الاول بعد زوج آخر فدخلت تثبت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم ولا تثبت عندهما لتحققه (ولو علق الثلث او العتق بالوطئ) بان قال لامرأته ان جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها وقع الطلاق بالتقاء الختانين (لا يجب العقر باللبث) اى بالمكث (بعد الايلاج) اذ بالتقاء الختانين طلقت الزوجة واللبث ليس بوطئ بعده وكذا الحال في تعليق العتق (ولا يصير به) اى باللبث بعد الايلاج (مراجعا في) الطلاق (الرجعي) اى اذا كان الطلاق المعلق رجعيا (ما لم ينزع ثم يولج) ثانيا فحينئذ يصير مراجعا ووجب عليه العقر في المسئلتين هذا عند محمد وهو مختار اصحاب المتون لان الدوام ليس بتعرض للبضع على ما تقرر من اصله بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الاخراج الا انه لا يجب الحد لشبهة الاتحاد وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد وقد كان اوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له (خلافا لابي يوسف) فانه قال يجب العقر ويصير مراجعا لوجود المساس بشهوة وهو القياس لكن في قول محمد كلام لان الرجعة عندنا وفاقا بدواعي الوطئ كقبلة ولمس بشهوة وههنا المس بشهوة موجود فينبغي ان تثبت الرجعة عنده ايضا تدبر وعن محمد لو ان رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة فان لبث على ذلك ولم ينزع وجب عليه مهران مهر بالوطئ ومهر بالعقد وان لم يستأنف لان دوامه على ذلك الفعل فوق الخلوة بعد العقد (ولو قال) للتي تحته (ان نكحتها) اى فلانة (عليك فهي طالق فنكحها عليها في عدة البائن لا تطلق) زوجته الجديدة لان الشرط لم يوجد لان التزوج عليها ان يدخل عليها من ينازعها في الفراش ويزاحمها في القسم ولم يوجد وقيد بالبائن لانه لو وجد ذلك في الرجعي طلقت (وان وصل) الزوج وصلا متعارفا مسموعا فلا يضر لو سكت قدر ما تنفس او عطس او تجشي او كان في لسانه ثقل فطال تردده وكذا لو اراد فامسك الغير فمه (بقوله انت طالق قوله ان شاء الله وان لم يشاء الله او ما شاء الله او ما لم يشاء الله) وما هذه موصولة (او لا ان يشاء الله)

اوان شاء الملك اوالجن اوالشجر اوالحائط اوغيره مما لم تعلم مشيته (لاتطلق) لقوله عليه الصلاة والسلام من خلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث وهذا حجة على مالك فانه قال لايبطل واعلم ان الاستثناء ابطال واعدام للحكم كما قال ابو يوسف وعليه الفتوى كما في القهستاني لاتعليق كما ذهب اليه محمد فلو قال ان شاء الله تعالى انت طالق وقع عنده لانه لم يذكر فاء التعليق ولم يقع عند ابي يوسف لانه ابطله ولو مقدما كما في النهاية والكلام يمين عنده خلافا لمحمد فلو قال ان حلفت بطلاقك فعبدي حر ثم قال لها انت طالق ان شاء الله تعالى لم يحنث عنده خلافا لابي يوسف ولم يقع الطلاق عندهما (وكذا) لاتطلق بقوله انت طالق (اوماتت) المرأة (قبل قوله ان شاء الله) لان الكلام خرج بالانشاء عن ان يكون ايجابا والموت ينافي الوجوب لاالمبطل (وان مات هو) قبل قوله ان شاء الله (يقع) الطلاق لانه لم يتصل به الاستثناء ولايشترط فيه ان يأتي بالمشية عن قصد اوعن علم بمعناه حتى لواتى بها عن غير قصد جاهلا بها لايقع الطلاق فلو شهدوا انه استثنى متصلا وهو لايذكره قالوا ان كان بحال لايدري مايجري على لسانه لغضب جاز الاعتماد على قول الشهود والا لا كما في البحر ويقبل قول الزوج في ظاهر الرواية وذكر في النوادر خلاف بين ابي يوسف ومحمد فقال على قول ابي يوسف يقبل قوله ولايقع الطلاق وعلى قول محمد يقع الطلاق ولايقبل قوله وعليه الاعتماد والفتوى احتياطا لامر الفروج في زمان غلب على الناس الفساد ولايرد ماقيل ان الاحتياط لامر الفروج منظور فيه لانا لو احتطنا كما قال يكون قد تركنا الاحتياط في حل التزوج بها بعد العدة فان الحاكم اذا لم يقبل قوله وحكم بالفرقة نفذ حكمه ظاهرا وباطنا وحل التزوج بها بعد الفرقة بخلاف مالو حكم ببقاء النكاح بمجرد قوله فان كان كاذبا والزوج يعلم ذلك لايحل له ان يطأها (وفي انت طالق ثلثا الا واحدة) متصلا (يقع ثنتان) لان استثناء الواحدة من الثلث استثناء الاقل من الاكثر فيصح ويقع ثنتان (وفي) انت طالق ثلثا (الا ثنتين) يقع (واحدة) وفيه اشارة الى جواز استثناء الاكثر وهو مذهب الكوفيين الا الفراء منهم وعن ابي يوسف لايجوز استثناء الاكثر وفي ظاهر الرواية يجوز لما وقع في كتاب الله اكثر من ان يحصى ولان الاستثناء لما صار عبارة عن الباقي يشترط لصحته ان يبقى شيء يصير به متكلما بعد الثنيا ولافرق في ذلك بين القليل والكثير (وفي) قوله انت طالق ثلثا (الا ثلثا) يقع (ثلث) بالاجماع لعدم بقاء مايصير به متكلما بعد الثنيا واختلفوا في استثناء الكل قال بعضهم هو رجوع وقال بعضهم هو استثناء فاسد وليس برجوع وهو الصحيح وقد قالوا انما يجوز استثناء الكل من الكل اذا كان بعين ذلك اللفظ واما اذا استثنى بغيره كما اذا قال كل نسائي طوالق الا فاطمة وزينب وهند فيجوز ولاتطلق واحدة منهن

﴿باب طلاق المريض﴾

وفي البعض الفار وجه بان قال الحكم غير مختص بالمرض لكن من نظر الى اصالة المرض عنونه به والباقي تبع له ووجه تأخيره ليس بخفي (الحالة التي يصير بها الرجل فارا بالطلاق ولاينفذ تبرعه فيها) اي في هذه الحالة (الا من الثلث مايغلب فيها الهلاك) اي خوفه وهذا حد المريض مرض الموت شرعا وهو شامل للرجل والمرأة ثم ذكر لتوضيحه مايختص بالرجل من حد آخر فقال (كمرض يمنعه عن اقامة مصالحه) اوعن الذهاب الى حوائجه (خارج البيت) وفي الذخيرة لاعبرة للقدرة في البيت وهذا هو الصحيح وقيل لايصلي قائما وقيل لايمشي وقيل يزداد مرضه وقيل المعتبر في حق الفقيه ان لايقدر على الخروج الى المسجد وفي السوقي ان لايقدر على الخروج الى الدكان وفي التسهيل قال ابو الليث لايشترط كونه صاحب فراش بل العبرة للغلبة يعني ان كان الغالب من ذلك المرض هو الموت فهو مرض الموت وان كان يخرج من البيت هذا في حق الرجل فاما المرأة لاتحتاج الى الخروج من البيت في حوائجها فلايعتبر هذا الحد في حقها ولكن اذا كانت بحيث لايمكنها الصعود الى السطح فهي مريضة كما سيأتي والحامل كالصحيحة

الااذا اخذها الوجع الذي يكون آخره انفصال الولد فهي كالمريضة اما اذا اخذها ثم سكن فغير معتبر والمسلول والمقعد والمفلوج والمدقوق مادام يزداد به فهو مريض كما في المحيط (ومبارزته رجلا) اي محاربته عطف على قوله مرض (وتقديمه ليقتل في قصاص) عند بعضهم وهو الصحيح وعليه الاعتماد (اورجم) على المختار ويدخل فيه من قدمه ظالم ليقتله كمن اخذه السبع بفيه اوانكسرت السفينة وبقي على لوح (فلوابان) واحدة او اكثر (امرأته) بغير رضاها وهي ممن ترثه (وهو بتلك الحال ثم مات عليها) اي على تلك الحال (بذلك السبب او بغيره) كما اذا قتل المريض اومات ذلك المبارز بمرض (وهي) اي امرأته (في العدة) وفيه اشارة الى ان المرأة ان كانت غير مدخول بها لاترث لانه لاعدة عليها والى انه لومات بعد العدة لاترث عندنا خلافا لابن ابي ليلى واحمد واسحق وابي عبيد فانها ترث عندهم بعد العدة مالم تتزوج بآخر وعن مالك والليث وان تزوجت بازواج (ورثت) جواب لو لانه قصد ابطال ارثها فرد عليه خلافا للشافعي وفي المنح ولايشترط علم الزوج باهليتها للميراث فلو طلقها بائنا في مرضه وقد كان سيدها اعتقها قبله ولم يعلم به كان فارا فترث به بخلاف مالوقالت لامته انت حرة غدا وقال الزوج انت طالق ثلثا بعد غد ان علم بكلام المولى كان فارا والالا (وكذا) ترث (لو طلبت رجعية فطلقها ثلثا) اوبائنا لان الرجعي لايزيل النكاح ولهذا يحل له وطؤها فلم تكن بسؤالها اياه راضية ببطلان حقها (و) كذا ترث (مبانة قبلت ابنه) اي ابن الزوج (بشهوة) لان البينونة وقعت قبل تقبيلها بابانة الزوج فكان فارا ولم تكن الفرقة من قبلها اولا بخلاف ما اذا قبلت ابن المريض اوجامعته واومكرهة حال قيام النكاح او بعد الطلاق الرجعي فانها لاترث لوقوع الفرقة من جهتها (ولوابانها وهو محصور) في حصن (او) ابانها (في صف القتال) غير مبارز (او) ابانها وهو (محبوس لقصاص اورجم) اويقدر على القيام بمصالحه خارج البيت لكنه مشتك) من الم (او محموم) اوراكب سفينة اونازل في مكان مخوف اومختف من عدو (لاترث) يعني لوابانها في حال من هذه الاحوال ومات بذلك السبب وهي في العدة لاترث لانه لايغلب في مثل هذا الهلاك (وكذا) لاترث (المختلعة) بسؤالها (ومخيرة اختارت نفسها) لوقوع الفرقة من جهتها (و) كذا لاترث امرأة (من طلقت) على صيغة المفعول (ثلثا) اوبائنا في مرضه (بامرها او بغير امرها لكن صح) من مرضه (ثم مات) في العدة لعدم الفرار في الاولى والصحة في الثانية بخلاف مالو طلقت نفسها بائنا فاجازفانها ترث لان المبطل للارث اجازته كما في القنية وفي المنح قال صحيح لامرأتيه احديكما طالق ثم بين في مرضه احديهما صار الزوج فارا بالبيان فترث منه (و) كذا لاترث (من ارتدت) عياذا بالله تعالى (بعد ماابانها) الزوج (ثم اسلمت) في العدة لبطلان اهلية الارث بالردة ولم يعد السبب بعد الاسلام (وكذا) لاترث (مفرقة بسبب الجب اوالعنة) وفي الاختيار خلاف المسئلتين (اوخيار البلوغ او) خيار (العتق) لرضاها (ولو فعلت ذلك وهي) اي والحال انها (مريضة لاتقدر على القيام بمصالح بيتها) صفة كاشفة للمرض الذي تصير هي به فارة (ثم ماتت) في الحال المذكور (وهي في العدة ورثها) يعني ان المرأة كالرجل تكون فارة حتى لوباشرت سبب الفرقة من الخيارات وغيرها بعدما حصل لها المرض فانه يرث منها لفرارها من ارثه ظاهرا (ولوابانها بامرها في مرضه ومات) والعدة باقية (اوتصادقا) اي الزوجان في المرض (انها) اي الابانة (كانت حصلت في صحته ومضت العدة) اي اذا طلقها بائنا اوثلثا في مرضه بسؤالها وقال لها في مرضه كنت طلقتك وانا صحيح فانقضت عدتك فصدقته كما في اكثر الكتب فعلى هذا لوقال صدقته في مرضه على طلاقها وعدتها لكان احسن تدبر (ثم) اي بعد الابانة او التصادق (اوصى) الزوج لها بوصية (اواقر بدين) لها عليه في المسئلتين (فلها) اي فقد كان لها عنده (الاقل من ارثها اومما اوصى اواقر) وفي القهستاني اوفلها الاقل اي اقلهما

حال كونهما من ارثها وبما اوصى اواقر فعلى الاول الاقل معمول الظرف لكن على ما قال الاخفش وعلى الثاني مبتدأ ومن بيان لما دل عليه اللام من المفضل عليه ولا ينبغي ان يقال انه من ابيان الاقل والواو بمعنى او فانه شاذ وانما قلنا عنده لان عندهما والائمة الثلثة جاز الاقرار والوصية لها في صورة التصادف اذ النكاح قد زال انتهى وقال زفر لها جميع ما اقر او اوصى به في المسئلتين وفي التبيين وابو يوسف ومحمد مع الامام في الثانية ومع زفر في الاولى لكن حق التعبير وابو يوسف ومحمد مع زفر في الاولى ومع الامام في الثانية فانظر في تعليلهما في المسئلتين ثم يظهر لك الحق تأمل (وان علق) الزوج (الطلاق بفعل اجنبي او بمجئ الوقت) بان قال ان دخل فلان الدار او اذا جاء رأس الشهر فانت طالق (فوجد المعلق به (فان كان التعليق والشرط في مرضه ورثت) الزوجة منه لتحقق الفرار (وان كان احدهما في الصحة لا ترث) يعني ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لا ترث خلافا لزفر وفي عكسه لا ترث اتفاقا وانما صرح هذه مع كونها مستفادة من المفهوم تفصيلا لمحل الخلاف تدبر (وان علق) طلاقها (بفعل نفسه) سواء كان له بد منه كدخول الدار او لا بد منه كالتنفس والصلاة والاكل او كلام احد الابوين وطلب الحق من الخصم وغيرها (وهما) اى التعليق والشرط (في المرض والشرط فقط) فيه والتعليق في الصحة (ورثت) لانه فار لقصده بطلان ارثها بوجود الشرط فيه (وكذا) ترث (او علق) طلاقها (بفعلها) اى بفعل زوجته (ولا بد لها منه) كالتنفس وغيره (وهما) اى والحال ان التعليق والشرط (في مرضه) لانها مضطرة في الفعل (وكذا) ترث (او كان الشرط) فقط لا التعليق (فيه) اى في المرض عند الشيخين لان باضطرارها صارت مكرهة فينتقل فعلها الى الزوج فصار كالتعليق بفعل نفسه (خلافا لمحمد) فانه يقول اذا كان التعليق في الصحة فلا ميراث لها لان فعل الطلاق لم يوجد في حال تعلق حقها بماله فلا يكون فارا قال فخر الاسلام وهو الصحيح لكن مختار اصحاب المتون هو الاول (وان كان لها منه بد لا ترث على كل حال) واعلم ان اصل هذه المسئلة على اربعة اوجه لكن ترتقي الى ستة عشر وجها لان التعليق اما بمجئ الوقت او بفعل اجنبي او بفعله او بفعلها وكل وجه على اربعة اوجه لان التعليق والشرط اما ان يوجدا في الصحة او في المرض او يوجد احدهما دون الاخر (وان قذفها) مطلقا (ولاعن وهو مريض ورثت) لان الفرقة بسبب قذف وجد منه فكان فارا (وكذا) ترث (او كان القذف في الصحة واللعان في المرض) عند الشيخين (خلافا لمحمد وان آلى منها) اى ان حلف ان لا يقربها اربعة اشهر فلم يقربها حتى مضت المدة (وبانت به) اى بمضي الزمان (فان كانا) اى الايلاء والبينونة (في المرض ورثت) لانه تعليق الطلاق بمضي الزمان (ولو كان الايلاء في الصحة لا) ترث (وفي) الطلاق (الرجعي ترث في جميع الوجوه) اى سواء كان في المرض او في الصحة او احدهما في الصحة والاخر في المرض بفعلها او بفعله او بفعل اجنبي وسواء كان الفعل مما له منه بد او لم يكن (ان مات وهي في العدة) لما بينا ان الطلاق الرجعي (لا) يزيل النكاح ولا يحرم الوطئ (والا) اى وان لم يكن موته في عدتها بل بعد انقضائها (لا) ترث

﴿باب الرجعة﴾

وجه المناسبة في اعقاب الطلاق بالرجعة ظاهر الرجعة بالكسر والفتح افصح لغة الاعادة وشرعا (هي استدامة النكاح القائم) اى طلب دوام النكاح القائم على ما كان مادامت (في العدة) لان الملك باق في العدة زائل بعد انقضائها وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن اى برجعتهن يدل على جميع ما ادعي من شرعية الرجعة وشرطية العدة وعدم شرطية رضاها ومن احكامها ان تصح اضافتها الى وقت في المستقبل لا تعليقها بالشرط ثم الرجعة قد تكون بالاقوال صريحا وكناية وقد تكون بالافعال واشار الى الاول وفرع عليه بقول (فمن طلق) امرأته (ما دون الثلث بصريح الطلاق او بالثلث الاول من كناياته) وهي اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة لكن في تقييده بالثلاث كلام

وقد بيناه في الكنايات تأمل (ولم يصفه) اى الطلاق الصريح (بضرب من الشدة) وقد تقدم ذكره (ولم يكن بمقابلة مال فله) اى للزوج (ان يراجع وان) وصلية (ابت) المرأة عن رجوعه لان الامر بالامساك مطلق في التقديرين (مادامت في العدة) قيل ولابد من ذكر الزوجة مدخولا بها لان العدة قد تجب بالخلوة الصحيحة بلا دخول ولا تصح فيها الرجعة اجيب بانه يفهم ضمنا اذ لا عدة لغير المدخول بها فلا يلزم ذكر المدخول بها تأمل والحاصل ان للرجعة شروطا منها كون الطلاق بغير ثلث في الحرة وبغير ثنتين في الامة ومنها كونه صريحا لفظا او اقتضاء اذ فيما يفيد البينونة كالموصوف بالشدة والمقابل بالمال لا مراجعة ومنها كون المرأة في العدة ولهذا لم تشرع الرجعية قبل الدخول (بقوله) متعلق بقوله ان يراجع (راجعتك) في الحضرة (اوراجعت امرأتي) في الحضرة والغيبة وماوقع في القهستاني وغيره من اشتراط الاعلام مخالف لما بعده وهو قوله وندب اعلام الزوج بها قولا وفعلا ومن الصريح ارتجعتك ورجعتك ورددتك وامسكتك ومسكتك فبهذه يصير مراجعا بلا نية وفي بعض المواضع يشترط في رددتك ذكر الصلة كالى او الى نكاحي او الى عصمتي ولا يشترط في الارتجاع والمراجعة وهو احسن كما في الفتح وفي انت عندي كما كنت وانت امرأتي لا يصير مراجعا الا بالنية والاطلاق مشير الى انها تصح عن وكيله كما في القهستاني واختلفوا في الامساك والنكاح والتزوج فلو تزوجها في العدة لا يكون رجعة عند الامام وعند محمد هو رجعة وفي الينابيع وعليه الفتوى وعن ابي يوسف روايتان (او بفعل ما يوجب حرمة المصاهرة) هذا هو الثاني من قسمي الرجعة اى له ان يراجع بفعل ما يوجب حرمتها (من وطئ) في فرجها او في دبرها على الصحيح وعليه الفتوى وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول عند القدرة عليه بان لا يكون اخرس او معتقل اللسان فلا يجوز عنده الوطئ قبل الرجعة بالقول (اومس) بشهوة (ونحوه) كالقبلة والنظر الى داخل فرجها (من احد الجانبين) فلو لمست زوجها بشهوة او نظرت الى فرجه بشهوة وعلم الزوج بذلك وتركها فهو رجعة سواء كان بتمكينه او فعلته اختلاسا او كان نائما او مكرها او معتوها وفي السرخسي قال الشيخ الاسلام انه رجعة عند الطرفين اعتبارا بالمصاهرة كما لو ادخلت ذكره في فرجها وهو نائم وليس برجعة عند ابي يوسف هو يقول الرجعة قولا منه لا منها فكذا فعلا وفي التبيين وعن ابي يوسف ومحمد لا يكون رجعة ويعلم من هذا ان محمدا مع ابي يوسف لكن يمكن ان يحمل على الروايتين هذا اذا صدقها الزوج انها فعلته بشهوة اما لو انكر فلا تثبت الرجعة وان شهدوا بها لان الشهوة لا يمكن اثباتها بالبينة وفي الجوهرة ولو صدقها الورثة بعد موته انها فعلته بشهوة كان ذلك رجعة (وندب الاشهاد عليها) بان يقول لاثنين من المسلمين اشهدا اني قد راجعت امرأتي كيلا يقع التجاحد بينهما كالاشهاد بالبيع ولو لم يشهد عليها صحت الا عند الشافعي في قول فانه قال يجب وهو قول مالك وهذا عجب من مالك لانه لا يوجب الاشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطا على الرجعة كما في اكثر المعتبرات لكن لا عجب فيه فان الرجعة محتاجة الى الاشهاد لكونها صادرة عن الزوج فقط بخلاف النكاح فانه عقد صادر منهما مع شرط الاعلان فليس هذا محل الانكار بخلاف الرجعة لكن بقي ههنا كلام فان الرجعة عنده لا يكون الا بالجماع والاشهاد عليه بعيد تدبر (و) ندب ايضا (اعلامه ايها) كيلا تقع في المعصية بالتزوج بغيره كما في الهداية وفي الفتح قيل لا معصية بدون علمها بالرجعة ودفع بانها اذا تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الامر واستشكل من حيث ان هذا ايجاب للسؤال عليها واثبات المعصية بالعمل بما ظاهر عندها وليس السؤال الا لدفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فهو وزان اعلامه اياها اذ هو ايضا لمثل ذلك فاذا كان مستحبا لانه تصرف في خالص حقه فكذا سؤالها يكون مستحبا لانها في النكاح كذلك انتهى

ويمكن التوجيه بوجه آخر وهو ان الوقوع في المعصية لا يوجب العصيان فانه يجوز ان تقع في المعصية ولا تكون عاصية لعدم علمها بها واستحقاق الفاعل بالعذاب مشروط بالعلم ويؤيده قوله كيلا تقع في المعصية دون ان يقول كيلا تكون عاصية واما احتمال ان يكون الرواية في يقع بالتحتانية كما ذهب اليه بعض الفضلاء فبعيد لا يلايم المساق مع انه يوجب الوجوب لا الاستحباب لان ترك المستحب لا يوجب المعصية تدبر (ولو قال) الزوج (بعد) انقضاء (العدة كنت راجعتك فيها) اى في العدة (فصدقته المرأة صحت) الرجعة لان النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة اولى (والا) اى وان لم تصدقه (فلا) تصح الرجعة لانه يدعى ولا بينة له ولا يملك الانشاء في الحال وهى منكرة فالقول قول المنكر ولا يمين عليها على قول الامام لان الرجعة من الاشياء الستة التى لا يمين فيها عنده خلافا لهما فلو اقام بعد العدة انه قال في عدتها قد راجعتها او انه قال قد جامعتها كانت رجعة كما لو قال فيها كنت راجعتك امس وان كذبته وفي المنح وهذا من اعجب المسائل فانه يثبت اقراره نفسه بالبينة بما لو اقر به في الحال لم يكن مقبولا (ولو قال راجعتك) يريد به الانشاء (فقالت) من غير فصل اذ الفاء تدل على التعقيب حال كونها (مجيبة له انقضت عدتى فالقول لها ولا تصح الرجعة) عند الامام لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء وانما قيدنا من غير فصل لانها لو سكتت ساعة ثم اجابت لا تصدق وتصح الرجعة اجماعا (خلافا لهما) لانها صادفت وقت العدة اذ هى باقية ظاهرا وفي التبيين وتستحلف المرأة بالاجماع والفرق لابى حنيفة بين هذه وبين الرجعة ان اليمين فائدتها النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع من التزوج والاحتباس في منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الاشياء الستة فان بذلها لا يجوز فيها ثم اذا نكلت تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة بنكولها ضرورة بمنزلة ثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة انتهى لكن في قوله وتستحلف المرأة ههنا بالاجماع كلام لان عندهما تصح الرجعة والقول قوله ولا اعتبار بقول المرأة مع يمينها كما تقدم (وان قال زوج الامة بعد) مضى (العدة كنت راجعت فيها) اى في العدة (فصدقه سيدها وكذبته المرأة فالقول لها) عند الامام لان الرجعة تبتنى على قيام العدة والقول فيها قولها (وعندهما) القول (للسيد) لان البضع حقه كاقراره عليها بالنكاح (وفي عكسه) اى فيما صدقته الامة وكذبه المولى (القول للسيد اتفاقا في الصحيح) احتراز عما قيل انها على الخلاف وقيل لا يقضى بشئ ما لم يتفق المولى والامة (وان قال راجعتك فقالت مضت عدتى وانكرا) اى انكر الزوج والمولى انقضاءها (فالقول لها) لانها اعرف بحالها وهى امينة فيه وفي الشمنى او قالت انقضت عدتى ثم قالت لم تنقض له رجعتها لانها اقرت بكذبها فيما يثبت به الحق عليها (واذا طهرت) المعتدة حقيقة او حكما ولا عادة لها وهذا اشمل من قول الوقاية وان انقطع (من الحيض الاخير) اى من الحيضة الاخيرة التى تنقضى العدة بها وهى الحيضة الثالثة ان كانت حرة والثانية ان كانت امة ومن اقتصر بالثلثة فقد قصر تدبر (لعشرة) ايام (انقطعت الرجعة وان) وصلية (لم تغتسل) لان الحيض لا يزيد على العشرة وليس المراد من الطهارة هنا الانقطاع لانها بمضى العشرة خرجت من الحيض وان لم ينقطع (وان انقطع لاقل) من عشرة (لا) اى لا تنقطع الرجعة (ما لم تغتسل او) اى الا ان (يمضى عليها وقت صلاة) لانها لا تنقطع بمجرد انقطاعه لاحتمال عوده بل لا بد من ان يتأكد الانقطاع باحد احكام الطاهرات كالاغتسال او يمضى عليها ادنى وقت صلاة اذ بمضى وقتها صارت الصلاة دينا في ذمتها وهو قدر ما يقدر على الاغتسال والتحريمة وما دون ذلك ملحق بمدة الحيض خلافا لزفر (او تتيمم وتصلى) يعنى اذا لم تجد الماء فتيممت وصلت مكتوبة او نافلة انقطعت الرجعة عند الشيخين وقيل تنقطع بالشروع فيها عندهما لانها في حكم الطهارة والصحيح انها لا تنقطع الا بعد الفراغ ولو مست المصحف او قرأت القرآن او دخلت المسجد قال الكرخي تنقطع وقال الرازي لا (وعند محمد تنقطع

بالتيمم وان) وصلية (لم تصل) لان التيمم نزل منزلة الاغتسال في التطهير وبه قال زفر ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا يتضاعف عليها الواجبات والضرورة تتحقق حال اداء الصلاة لا فيما قبلها من الاوقات وفي الفتح كلام فليراجع (وفي الكتابية بمجرد الانقطاع) تنقطع الرجعة (اتفاقا) وان كان لاقل من العشرة لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة لانها لا تخاطب بالشرائع فيكتفى بمجرد الانقطاع (ولو اغتسلت ونسيت اقل من عضو) نحو اصبع (انقطعت) الرجعة ولا تحل للازدواج (وان نسيت عضوا) تاما (لا) اي لا تنقطع الرجعة استحسانا لانه كثيرا لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة بخلاف القليل من العضو فافترقا فقلنا بانقطاع الرجعة وعدم حل التزوج اخذا بالاحتياط كما في الاختيار وانما قال نسيت لانها لو تعمدت ابقاء ما دون العضو لا تنقطع (وكل من المضمضة والاستنشاق) والواو بمعنى او (كالاقل) وهو رواية الكرخي عن محمد لوقوع الاختلاف في فرضيتهما فتنقطع الرجعة ولا تحل للازدواج احتياطا (وفي رواية عن ابي يوسف كتمام العضو) وهو رواية هشام عنه وفي الهداية وهو قول محمد لان الحدث باق في عضو (ولو طلق حاملا) وجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا من يوم التزوج (او من) حين (ولدت منه وانكر وطئها له ان يراجع) وقال في الاصلاح لو طلق امرأته وهي حامل او بعد ما ولدت في عصمته وقال لم اجامعها سواء كان هذا القول منه حال التطليق او بعده فله الرجعة ومعنى كون الرجعة له انه لو راجعها تصح الا ان صحتها انما تظهر اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق وتوقف ظهور صحتها على وضع الحمل لا ينافي صحتها قبله فلا مسامحة في الكلام كما سبق الى بعض الاوهام وانما تصح الرجعة فيما ذكر من المسئلتين مع انكاره الوطئ حيث ثبت النسب منه (وان طلق من خلا بها) خلوة صحيحة (وانكر وطئها فليس له ان يراجعها) اذ حينئذ لا يكذبه الشرع في انكاره فيكون انكاره حجة عليه وانما قال وانكر لانه لو قال جامعتها وانكرت المرأة فله الرجعة كما في البحر (فان راجعها) اي بعد ما خلا بها وانكر وطئها (ثم ولدت بعد الرجعة لاقل من عامين) من وقت الطلاق (صحت الرجعة السابقة) لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فينزل واطئا قبل الطلاق لا بعده لانه لو لم يطأ قبله يزول الملك بنفس الطلاق فيكون الوطئ بعد الطلاق حراما ويجب صيانة المسلم عنه فاذا جعل واطئا قبل الطلاق تصح الرجعة (ولو قال لامرأته ان ولدت فانت طالق فولدت ولدا ثم) ولدت ولدا (آخر من بطن آخر) بان يكون بين الولادتين ستة اشهر او اكثر ولو بعد سنتين ما لم تقر بانقضاء العدة (فهو) الذي جاءت به بعد ستة اشهر (رجعة) لانها طلقت بالولادة الاولى ثم الولادة الثانية دلت على انه راجعها بعد الولادة الاولى ليكون الوطئ حلالا بخلاف ما اذا كان اقل حيث تكون ببطن واحد فلا تثبت الرجعة لان علوق الولد الثاني كان قبل الولادة الاولى (وان قال) لامرأته (كلما ولدت فانت طالق فولدت ثلثة) اولاد (من بطون) مختلفة بين كل ولدين ستة اشهر فصاعدا (فالثاني والثالث رجعة) لانها لما ولدت الاول وقع الطلاق وهو رجعي وصارت معتدة فلما ولدت الثاني من بطن آخر علم انه صار مراجعا بوطئ حادث في العدة فبولادة الثاني وقع طلاق ثان لان اليمين معقودة بكلمة كلما والشرط وجد في الملك لانه ثبتت رجعته ثم ولدت الثالث من بطن آخر علم انه كان من علوق حادث بعد وقوع الطلاق الثاني فصار به مراجعا (وتتم) الطلقات (الثلث بولادة) الولد (الثالث) فتحتاج الى زوج آخر (وعليها العدة بالاقراء) لانها حامل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق (والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين) التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشئ جلوته ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلي وجهها وتصقله هذا اذا كانت الرجعة مرجوة فان كانت لا ترجوه لشدة بغضه لها فانها لا تفعل كما في الكافي وغيره لكن في المبسوط والتزين مندوب مطلقا (وندب

ان لا يدخل عليها حتى يعلمها) بالتنحنح ومايشبهه (ان لم يقصد رجعتها) كى لا يقع بصره على موضع يصير به مراجعا فيحتاج الى طلاقها فيطول عليها العدة فيلزم الضرر بذلك وفيه اشارة الى ان دخوله عليها ليس بحرام (وليس له) اى للزوج (ان يسافر بها حتى يراجعها) اى مالم يشهد على رجعتها لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن فالمراد من المسافرة بها اخراجها من بيتها لا السفر الشرعى لان اطلاق هذه الآية يشمل مادون السفر فعلى هذا لو قال ليس له ان يخرجها من بيتها لكان اولى هذا اذا كان يصرح بعدم رجعتها اما اذا لم يصرح كانت رجعة دلالة اذا كان السفر الشرعى والا لا تكون رجعة دلالة وقال زفر له ان يسافر بها بدون ذلك واذا سافر بها فقد راجعها (والطلاق الرجعى لا يحرم الوطئ) لان الوطئ يصير رجعة لا عقر عليه عندنا خلافا للشافعى ومالك كما حققناه ثم شرع فى بيان ما على المطلقة فقال (وله ان يتزوج مبانته بما دون الثلث) فى الحرة و بما دون الثنتين فى الامة (فى العدة وبعدها) لان حل المحلية باق لان زوال الحل معلق بالطلقة الثالثة فينعدم الزوال قبله ومنع الغير فى العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه فى اطلاقه كما فى الهداية وغيرها وقال فى الفتح هذا تركيب غير صحيح والصحيح ان يقال لان حل المحل باق اولان المحلية باقية وهذا لان المحلية هى كون الشئ محلا ولا معنى لنسبة الحل اليها اذ لا معنى لحل كونها محلا انتهى لكن لم لا يصح ان تكون الاضافة بيانية تأمل (ولا تحل الحرة بعد) الطلقات (الثلث) لمطلقها لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد الآية (ولا الامة بعد ثنتين) لما تقرر ان الرق منصف والطلقة لا تتجزى (الا بعد وطئ زوج آخر) سواء كان حرا او عبدا تزوج باذن المولى عاقلا اومجنونا اذا كان يجامع مثله مسلما او ذميا فى الذمية حتى يحلها لزوجها المسلم (بنكاح صحيح) فيخرج الفاسد ونكاح غير الكفؤ اذا كان لها ولى على ما عليه الفتوى والنكاح الموقوف (ومضى عدته) اى عدة النكاح الصحيح بعد زواله بالطلاق فى الزوج الثانى لكن الظاهر ان الضمير راجع الى الزوج على سبيل المجاز لكونه سببها قال العينى والاول اقرب والثانى اظهر وشرط وطئ الزوج الثانى بالكتاب وهو قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره والمراد منه الوطئ حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد استفيد باطلاق اسم الزوج فى النظم لكن فيه مناقشة ووجه آخر فى شروح الهداية فليطلب او بالاحاديث المشهورة تجوز بها الزيادة على النص ان كان المراد العقد وان كان الوطئ فلا اشكال ولم يخالف فى ذلك الا سعيد بن المسيب وفى المبسوط هذا قول غير معتبر ولو قضى به قاض لا ينفذ قضاؤه وفى المنية ان سعيدا رجع عنه الى قول الجمهور فمن عمل به اسود وجهه ويبعد ومن افتى به يعزر وفى الخلاصة فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين ولا فرق فى ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها اوغير مدخول بها لصريح اطلاق النص وما فى المشكلات من ان غير المدخولة تحل بمجرد النكاح واما قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ففى حق المدخولة ليس بشئ لانه لم يوجد فى التفاسير والخلافيات وفى الفتح وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والاجماع لكن يمكن توجيه ما فى المشكلات بان معناه انه طلقها ثلثا متفرقة فلا تقع الا الاولى لا الثلث بكلمة واحدة تدبر وفى الكفاية طلقها الازواج كل زوج ثلثا قبل الدخول بها فتزوجت بآخر ودخل بها تحل للكل (ولا تحل) المطلقة (له) اى للزوج الاول (بملك يمين) بان كانت تحته امة فطلقها ثنتين ثم اشتراها او كانت تحته حرة فطلقها ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم استرقها لا تحل له حتى تتزوج بزوج آخر ويطأها لاطلاق النص كما فى الشمنى (ويحلها وطئ المراهق) اى مقارب الحلم ومثله يجامع وقيل الذى تتحرك آلته ويشتهى الجماع وقدر شمس الائمة بعشر سنين وفيه اشارة الى ان المرأة لابد ان يوطأ مثلها فان كانت لا يوطأ مثلها لا تحل للاول بهذا الوطئ كما فى البزازية (لا وطئ السيد) لانه ليس بزوج (والشرط) فى الحل للزوج الاول (الايلاج) اى ادخال الثانى حشفته دون الانزال لانه كمال الجماع خلافا للحسن البصرى وفى المطلب وغيره الشيخ الذى لا يقدر على الجماع

او اولج ذكره بمساعدة يده لا يحلها الا اذا انتعش وعمل وفي القهستاني خلاف وفي التبيين والخصي الذي مثله يجامع يحلها للاول ولو كان مجبوبا لم يحل فان حبلت وولدت حلت للاول عند ابي يوسف خلافا لمحمد ويشترط كونه في المحل بيقين حتى لو جامعها وهي مفضاة لا تحل مالم تحبل وفي النهاية لو ادعت دخول المحلل صدقت وان انكره وكذا على العكس (فان تزوجها) الزوج الثاني واظاهر بالواو لانه لا معنى للتفريع (بشرط التحليل كره) اي يكره التزوج بشرط التحليل بالقول بان قال تزوجتك على ان احللك له اوقالت المرأة ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل والمحلل له اما لو نويا ذلك بقلبهما ولم يشترطا بقولهما فلا عبرة به وقيل الرجل مأجور بذلك وتأويل اللعن اذا شرط الاجر (وتحل) المرأة (للاول) لوجود الدخول بنكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط (وعن ابي يوسف) وهو قول مالك واحمد والشافعي في القديم (ان النكاح فاسد ولا تحل للاول) لان شرط التحليل في معنى التوقيت في النكاح والنكاح الموقت فاسد وكذا هذا (وعن محمد انه) اي النكاح بشرط التحليل (صحيح ولا تحل للاول) اذ فيه استعجال في تحصيل الحل مع ما اخره الشرع فيجازى بالحرمان كما في قتل المورث ولو خافت المرأة ان لا يطلقها المحلل فقالت زوجتك نفسي على ان امري بيدي وقبل الزوج جاز النكاح وصار الامر بيدها او يقول المحلل ان تزوجتك وامسكتك فوق ثلثة ايام مثلا فانت طالق لانها تطلق بمضي المدة ومن لطائف الحيل فيه ان تتزوج المطلقة من عبد صغير تتحرك آلته ثم تملكه بسبب من الاسباب بعد وطئها فيفسخ النكاح بينهما كما في التبيين وغيره لكن يشكل على ما روي عن الامام من اشتراط كون الزوج حرا (والزوج الثاني يهدم ما دون الثلث) اي حكمه (ايضا) اي كما يهدم حكم الثلث عند الشيخين (خلافا لمحمد) وبه قال زفر والائمة الثلثة فان عندهم لا يهدم ما دون الثلث ومرادهم ان دخل بها ولو لم يدخل بها لا يهدم اتفاقا فعلى هذا لو قيد بالدخول لكان اولى تدبر وتظهر ثمرة الخلاف فيما فرعه بقوله (فمن طلقت دونها) اي دون الثلث (وعادت اليه) اي الى الزوج الاول (بعد زوج آخر عادت) الى الاول (بثلاث) طلقات مستقلات ان كانت حرة وثنتين ان كانت امة عندهما (وعنده) وزفر والثلثة (بما بقي) اي عادت بالثنتين ان طلقت اولا واحدة في الحرة وبالواحدة في الامة وبالواحدة ان طلقت اولا ثنتين في الحرة ولا يتحقق في الامة الاهدم طلقة واحدة وفي الفتح تفصيل وترجيح قول محمد لانه قال فظهر ان القول ما قاله محمد وباقي الائمة تبع (ولو قالت مطلقة الثلث انقضت عدتي منك وتحللت) اي تزوجت باخر ودخل بي وطلقني (وانقضت عدتي) منه (والمدة تحتمل ذلك) لانها لو لم تحتمله لانه لا يصدقها واحتمالها ان يذكر لكل عدة من العدتين في هذه المسئلة ما يمكن وهو شهران عند الامام وتسعة وثلثون يوما عندهما (فله) اي للزوج (تصديقها ان غلب على ظنه) صدقها لانها معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله وفي البزازية ولو قالت طلقني ثلثا ثم ارادت تزويج نفسها منه من غير تحليل ليس لها ذلك اصرت على ذلك ام كذبت نفسها وفي المنح قال الزوج بعد الطلاق الثلث كان قبل طلقات الثلث طلقة واحدة وان قضت عدتها وصدقته المرأة في ذلك لا يصدقان على المذهب وعليه الفتوى كما في البزدوي وفي التتارخانية وغيرها سمعت المرأة من زوجها انه طلقها ولا تقدر منعه من نفسها الا بقتله لها قتله بالدواء ولا تقتل نفسها وقيل لا تقتله وبه يفتى وترفع الامر الى القاضي فان لم تكن لها بينة تحلفه فان حلف فالاثم عليه لكن ان قتله فلا شيء عليها

﴿باب الايلاء﴾

(هو) لغة مصدر آليت على كذا اذا حلفت عليه فابدلت الهمزة ياء والياء الفا ثم همزة والاسم منه الية وتعديته بمن في القسم على قربان المرأة لتضمين معنى التباعد وشرعا (الحلف) بكسر اللام مصدر او اسم (على ترك وطء الزوجة مدة) اي الايلاء ولا يرد ما في التبيين وغيره من ان هذا التعريف

ينتقض بقول الزوج لها ان قربتك فلله على ان اصلى ركعتين او اغزو فانه شامل له وليس من اسباب الايلاء عند الشيخين فالاولى ان يقال الايلاء فى الشرع عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا منعا مؤكدا بشئ يلزمه وهو يشق عليه لان المشقة معتبرة فى ماهية الايلاء ولا مشقة فيهما فلا ايلاء تأمل (وهى) اى مدته (اربعة اشهر) متوالية هلالية او يومية وعند الائمة الثلثة لابد من اكثر (للحرة) لقوله تعالى والذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية (وشهران للامة) لما مر ان الرق منصف خلافا للشافعى واحمد فى الاظهر (فلا ايلاء لو حلف على اقل منها) بل يمين وانما صرح مع انه علم ضمنا ردا لابن ابى ليلى فانه قال هو مؤل فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة وهو قول الامام اولا ثم رجع والتصريح فى محل الخلاف دأب المؤلفين ومن لم يعرف فقال ما قال تأمل (وحكمه) اى الايلاء (وقوع طلقة بائنة ان بر) اى حفظ اليمين بان لم يطأها فى المدة ولم يبين ركنه نصا وهو والله لا اقربك ونحوه وشرطه للمحل والاهل هو ان تكون المرأة منكوحة وقت تنجيز الايلاء والحالف اهلا للطلاق عند الامام واهلا للكفارة عندهما فصح ايلاء الذمى عنده لا عندهما اما لو اتى بما هو قربة كالحج لا يصح اتفاقا وبما لا يلزم قربة كالعتق فانه يصح اتفاقا (ولزوم الكفارة) اى كفارة اليمين اذا قال والله لا اقربك اربعة اشهر (او) لزوم (الجزاء) اذا قال ان قربتك فعلى كذا (ان حنث) لان كفارة اليمين او الجزاء موجب الحنث خلافا للشافعى (فلو قال لزوجته والله لا اقربك) من غير تعيين مدة (او والله لا اقربك اربعة اشهر) بتعيين المدة (كان موليا) لوجود الحلف على ترك القربان اربعة اشهر ضمنا فى الاولى وصريحا فى الثانية وفى التبيين الشايع فى صريح الايلاء المجامعة واما الكنايات فعلى قسمين قسم يجرى مجرى الصريح ولا حاجة الى النية كالقربان فان كثرة استعماله فى الوطئ تبلغ حدا يكاد ان يلحقه بالصريح وقسم لا يجرى مجراه كالدنو والمس والاتيان ونحوها لا يكون موليا الا بالنية وفى البحر حلف لا يقربها وهى حائض لم يكن موليا لان الزوج ممنوع عن الوطئ بالحيض فلا يصير المنع مضافا الى اليمين وبه علم ان التصريح وان كان لا يحتاج الى النية لا يقع به لوجود صارف (وكذا) يكون موليا (لو قال ان قربتك فعلى حج او صوم او صدقة) وعين قدرا يلزمه (او) قال (فانت طالق او عبده حر) وفى عتق العبد المعين خلاف لابى يوسف هو يقول يمكنه البيع ثم القربان وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه كما فى الهداية وعلى هذا يشكل ما ذكره من ان المولى من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشئ يلزمه كما فى الاصلاح ثم بين حكم الايلاء بالفاء التفسيرية بقوله (فان قربها) بالكسر من القربان وهو الدنو ثم استعير للمجامعة كما فى القهستانى (فى المدة) المذكورة (حنث) فى يمينه ان نقضها ولزمه ما الزمه نفسه ولا فرق بين الفاعل وغيره فى الحنث (وسقط الايلاء) بالاجماع يعنى لو مضت اربعة اشهر لا يقع الطلاق لان اليمين ترفع بالحنث (والا) اى وان لم يقربها فى المدة (بانت بمضيها) اى المدة ولا يحتاج الى تفريق الحاكم عندنا خلافا للائمة الثلثة (وسقط اليمين ان حلف على اربعة اشهر) فى الحرة لانها كانت موقتة بها فزالت بانقضائها (وبقيت) اليمين (ان اطلق) وفرع عليه بقوله (فلو نكحها ثانيا عاد الايلاء) لان اليمين باقية (فان مضت) بعد نكاح ثان (مدة اخرى) اى اربعة اشهر فى الحرة وشهران فى الامة (بلا وطئ) متعلق بمضت (بانت باخرى) فيعتبر ابتداء هذا الايلاء من حين التزويج سواء كان النكاح قبل مضى العدة او بعده وهو الاصح والاولى كما فى اكثر المعتبرات وفى النهاية ان ابتداء الثانية من وقت الطلاق ان كان قبله وهذا لا يستقيم الا على قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وهو ضعيف بل لا يتكرر قبله لانه لا حق لها فى الجماع بخلاف ما لو ابانها بتنجيز الطلاق ثم مضت مدته وهى فى العدة حيث يقع اخرى بالايلاء لانه بمنزلة التعليق بمضى الزمان والمعلق لا يبطل بتنجيز ما دون الثلث كما فى البحر (فان نكحها) اى نكحها المولى نكاحا (ثالثا) ومضت

مدته (بلا فئ) اى بلا قربان (فكذلك) اى تبين اخرى لان اليمين باقية مالم يحنث فيها فتحتاج اذا آلى زوج آخر لثبوت الحرمة الغليظة بالثالثة وفيه اشارة الى ان الايلاء لا ينعقد بعد البينونة بلا نكاح فلو كانت المبانة ممتدة الطهر ومضى اربعة اشهر اخرى لم تبن بشئ وهو الاصح كما فى القهستانى (فان تزوجها بعد زوج آخر فلا ايلاء) لانه مقيد بطلاق هذا الملك وقد انتهى بالثلث سواء وقعت متفرقة بسبب الايلاء المؤبد او نجزها بعد الايلاء قبل مضى مدته ثم عادت اليه بعد زوج آخر لبطلان الايلاء فلا يعود بالتزوج كما فى المنح (واليمين باقية) لعدم الحنث (فان وطئ) اى ان وطئها بعد ما عادت اليه بعد التحليل (لزم الكفارة او الجزاء) لبقاء اليمين ووجود الحنث (ولا تبين بمضى العدة وان) وصلية (لم يطأ) لانه لا ايلاء كما مر (وكذا) لا ايلاء (او آلى من اجنبية) لان النص مقيد بالنساء لكن لو تزوجها وقربها حنث وتجب الكفارة (او من مبانته) لعدم حل الوطئ (اما المطلقة (الرجعية فكالزوجة) اى لو آلى من مطلقة رجعية فهو مول لان الزوجية باقية بينهما ويسقط الايلاء لو انقضت عدتها قبل مضى مدته (فلا ايلاء فيما دون اربعة اشهر) كرره ليفرع عليه ما بعده وهو قوله (فلو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعدهما كان ايلاء) والاصل فى جنس هذه المسائل انه متى عطف من غير اعادة حرف النفى ولا تكرار اسم الله يكون يمينا واحدا ولو اعاد حرف النفى او كرر اسم الله يكونان يمينين وتتداخل مدتهما فلو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين او قال والله لا اقربك شهرين لا اقربك شهرين لا يكون موليا وتتداخل اليمينان حتى لو قربها قبل مضى شهرين تجب عليه كفارتان ولو قربها بعد مضيهما لا تجب عليه شئ لانقضاء مدتهما كما فى التبيين وقوله بعدهما اتفاقى اذ لا يختلف الحكم لو لم يذكر (ولو مكث يوما) اى قال والله لا اقربك شهرين فمكث يوما او ساعة (ثم قال لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين فليس بايلاء) لان الثانى ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل المدة وقوله بعد الشهرين هنا تقييد لتعيين مدة اليمين الثانية لانه لو لم يقل بعد الشهرين كانت مدتهما واحدة لما ذكرنا (وكذا) لا يكون موليا (او قال) والله (لا اقربك سنة الا يوما) لانه استثنى يوما منكرا فله جعل ذلك اليوم اى يوم شاء خلافا لزفر وهو يصرف اليوم الى آخر السنة اعتبارا بالاجارة وبما اذا قال سنة الا نقصان يوم وبما اذا اجل الدين الى سنة الا يوما وجوابه فى التبيين فليطالع (فان قربها وقد بقى من السنة اربعة اشهر) او اكثر (صار ايلاء) لسقوط الاستثناء وبقاء المدة ولو اطلق بان قال لا اقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فاذا قربها صار موليا ولو قال سنة الا يوما اقربك فيه يكون موليا ابدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه فلا يكون ممنوعا ابدا وكذا لو اطلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة فمضت اربعة اشهر ولم يقربها فيها فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت اربعة اخرى لم يقربها فيها وقعت اخرى فاذا تزوجها فمضت اربعة اشهر لا يقع لان الباقى بالضرورة اقل من اربعة اشهر كما فى الفتح (ولو قال لا ادخل بصرة و) الحال ان (امرأته فيها لا يكون موليا) لامكان قربانه بلا لزوم شئ بان يخرجها من البصرة (وان عجز المولى عن وطئها بمرضه) الباء للسببية (او مرضها او رتقها او صغرها او جبه) ان كان اسيرا فى دار الحرب او لكونها ممتنعة او كانت فى مكان لا يعرفه وهى ناشزة او حال القاضى بينهما بشهادة الطلاق الثلث للتزكية (او لان بينها و بينه مسافة اربعة اشهر) لا يقدر على قطعها فى مدة الايلاء فان قدر لا يصح فيؤه باللسان (ففيؤه) اى رجوع الزوج عن الايلاء (ان يقول فئت اليها) او رجعت عما قلت او راجعتها او ارتجعتها او ابطلت ايلاءها وعند الشافعى لا يصح فيه الفئ الا بالجماع واليه ذهب الطحاوى من اصحابنا (ان استمر العذر من وقت الحلف الى آخر المدة) فلو آلى منها قادرا ثم عجز او كان عاجزا حين آلى وزال العجز فى المدة لا يصح فيؤه باللسان لاشتراط العجز المستوعب للمدة فى الاكتفاء بالحلف

ولو قربها بعد الفئ باللسان لزمته الكفارة لبقاء اليمين فى حق الحنث وان بطلت فى حق الطلاق
قال المرغينانى ولايكون الفئ بالقلب وذكر الجرجانى انه لو فاء بقلبه ولم يتكلم بلسانه فانقضت المدة
ان صدقته كان فيئا (فلو زال) العجز (فى المدة) اى مدة الايلاء (تعين الفئ بالوطئ) لكونه
خلفا عنه فاذا قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل كالمتيمم اذا قدر على الماء خلال
الصلاة وقيد بالمدة لانه لو قدر عليه بعدها لايبطل (ولو قال لها) فى غير مذاكرة الطلاق اوحال
الغضب (انت على حرام) فهو على وجوه الاول (كان موليا ان نوى التحريم اولم ينو شيئا) لان تحريم
الحلال يمين (و) الثانى (ان نوى ظهارا فظهار) عند الشيخين لان هذا اللفظ يحتمل الظهار
لما فيه من معنى الحرمة وعند محمد لايكون ظهارا لعدم ركنه وهو التشبيه بالمحرمة على التأبيد (و)
الثالث (ان نوى الكذب فكذب) لانه وصف المحللة بالحرمة فكان كذبا حقيقة فاذا نواه صدق
(و) الرابع (ان نوى الطلاق) سواء كان باينا اوثنتين (فباين و) الخامس (ان نوى الثلث فثلث)
لان الحرام من الكنايات وهذا حكمهما (والفتوى) اليوم على (وقوع الطلاق به) اى بقوله
انت على حرام (وان لم ينو) وهو قول المتأخرين لغلبة الاستعمال بالعرف وعليه الفتوى
كما فى اكثر المعتبرات ولهذا لايحلف به الا الرجال ولو نوى غيره لايصدق قضاء (وكذا) الفتوى
على وقوع الطلاق (بقوله كل حلال على حرام اوهرچه بدست راست كيرم بروى حرام) يقع
الطلاق باينا وان لم ينو (للعرف) وقيل انه يصرف الى المأكول والملبوس لكن الاحتياط فى صورة
عدم النية ان يتوقف المرء فيه ولايخالف المتقدمين وعن محمد لو نوى الطلاق فى نسائه واليمين فى نعم الله
فطلاق ويمين كما فى المحيط ولو حلف بالحل والحرمة من لازوجة له فيمين عند ابى بكر وتعليق
عند ابى جعفر ولو كان له اربع نسوة وقع بقوله كل حلال على حرام على كل واحدة طلقة باينة وقيل
وقع على واحدة والبيان اليه وهو الاشبه كما فى اكثر الكتب لكن الاشبه الاول لان قوله حلال الله
او حلال المسلمين يعم كل زوجة فاذا كان فيه عرف فى الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لان حلال
الله تعالى شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما فى قوله احدكن طالق كما فى الفتح
وفى المحيط او قال انتما على حرام يكون موليا من كل واحدة منهما ويحنث بوطئ كل واحدة منهما
ولو قال والله لا اقربكما لايحنث الا بوطئهما

﴿باب الخلع﴾

المناسبة الخاصة بين
الخلع والايلاء النشوز لان الايلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة وهو لغة النزاع وهو
من باب الترشيح قال الله تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن فكانهما اذا فعلا ذلك نزعا لباسهما
والظاهر انه بالفتح والمذكور هنا بالضم الا انه مأخوذ منه وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق
البائن وصفته انه يمين من جهة الزوج ومعاوضة من جهة المرأة عند الامام ويمين عند الجانبين عندهما
كما فى الشمنى والفاظه الخلع والمبارأة والتطليق والمباينة والبيع والشراء وصورته ان تقول الزوجة
خالعت نفسى منك بكذا وقال خلعت وشرعا (هو الفصل عن النكاح) المراد به الصحيح فخرج به
الفاسد ومابعد الردة فانه لغو لاملك فيه وهذا التعريف اختيار صاحب الكنز لكنه منقوض
بالطلاق على مال فانه فصل عن النكاح وليس بخلع ولهذا قال بعض الشراح هذا تفسير لاتعريف
لكنه بعيد تأمل (وقيل) قائله صاحب المختار (ان تفتدى المرأة نفسها بمال ليخلعها به) اى بالمال
وكذا منقوض بما اذا عرى عن البدل كما سنقرره وفى الفتح وفى الشرع اخذ المال بازاء ملك النكاح
والاولى قول بعضهم ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوى والفرق
بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم ازالة ملك النكاح ببدل ولابد من زيادة قولنا بلفظ
الخلع فيه وببدل فيما يليه فالصحيح ازالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو
الخلع بل فى حكمه من وقوع البينونة لا مطلقا انتهى لكن يرد عليه ما اذا عرى عن البدل كما اذا قال

خالعتك ولم يسم شيئا فقبلت فانه خلع مسقط الحقوق كما فى الخلاصة والاولى ما فى البحر وهو ازالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع او فى معناه تأمل (ولا بأس به) اى بالخلع (عند الحاجة) بل هو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة عند ضرورة عدم قبول الصلح وفى شرح الطحاوى اذا وقع بينهما الاختلاف فالسنة ان يجتمع اهل الرجل والمرأة ليصلحا بينهما فان لم يصطلحا جاز له الطلاق والخلع وفيه اشارة الى ان عدم الخلع اولى (وكره) تحريما وقيل تنزيها (له) اى للزوج (اخذ شئ) من المهر وان قل لقوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا (ان نشز) الرجل اى كرهها وباشر انواع الاذى (و) كره (اخذ اكثر مما اعطاها) من المهر (ان نشزت) المرأة فلا يكره اخذ ما قبضته هذا على رواية الاصل وعلى رواية الجامع لم يكره ان يأخذ اكثر مما اعطاها لكن اللائق بحال المسلم ان يأخذ ناقصا من المهر حتى لا يخلو الوطئ عن المال (والواقع به) اى بالخلع (وبالطلاق على مال) بان يقول الزوج طلقتك او انت طالق على مال كذا او تقول المرأة طلقنى على كذا ويقول هو طلقتك عليه (بائن) اذا كان بعوض لا رجعى لانه من جملة الكنايات فيشترط النية فى ظاهر الرواية الا ان المشايخ قالوا انها لا تشترط هنا لانه بحكم غلبة الاستعمال صار كالصريح ولو قال لم ارد به طلاقا لا يسمع قضاء لان ذكر المال دليل على قصده ولو لم يذكر بدلا يصدق فى لفظ الخلع والمبارأة ولا يصدق فى لفظ الطلاق والبيع وقال الشافعى ان الخلع رجعى وعنه فى قوله القديم وعن احمد انه فسخ بالنكاح (ويلزم المال المسمى) فيهما لانه لم يرض بخروج البضع عن ملكه الا به (وما صلح) ان يكون (مهرا صلح) ان يكون (بدلا للخلع) سواء كان معينا فيأخذه لا غير او غير معين معلوم فيأخذه وسطا او مجهولا فيرجع عليها بمهرها كما فى القهستانى وهذا الاصل لا ينافى العكس حتى جاز ما لا يصلح مهرا كالاقل من العشرة وكذا ما فى يدها وبطون غنمها او جاريتها من الولد او ضروع غنمها من اللبن او نخيلها من الثمار لان المراد منه بيان الجنس لا بيان القدر فلا يضر (وان بطل العوض فيه) اى فى الخلع (يقع بائنا) لكونه كناية (وفى الطلاق) الصريح (يقع رجعيا بلا شئ) اى لا شئ للزوج على المرأة فيهما (كما اذا خالعها او طلقها وهو مسلم على خمر او خنزير او ميتة) او غيرها مما لا قيمة له اصلا لان ملك البضع غير متقوم حالة الخروج فلم يجب شئ بمقابلته بخلاف النكاح والكتابة بالخمر لان ملك المولى متقوم وكذا البضع فى حالة الدخول وفى المنح خالعنى على هذا الخل فاذا هو خمر فعليها ان ترد المهر المأخوذ ان لم يعلم الزوج بكونه خمرا لانها قد سميت مالا متقوما فتصير غارة له وان علم به فلا شئ (او قالت خالعنى على ما فى يدى و) الحال (لا شئ فى يدها) لان كلمة ما عامة تشمل ما له قيمة وما ليس له قيمة واذا كان كذلك لم يلزمها شئ لانها لم تغره بذكر ما له قيمة والرجوع عليها انما هو بحكم الغرور والمراد من اليد الحسية وكذا اذا قالت خالعنى على ما فى هذا البيت او ما فى بطون غنمى او ما فى شجرى او نخلى ولم يكن ثمه شئ فى تلك الساعة لا يلزمها شئ فان كان فيه شئ حال قولها فهو له كله (وان قالت) خالعنى (على ما فى يدى من دراهم و) الحال (لا شئ فيها لزمها ثلثة دراهم) وان كان فى يدها دراهم تؤمر باتمام ثلثة دراهم وان كان اكثر فله ذلك لا يقال يجب ان لا يكون له الثلث لان من للتبعيض كما قال فى الجامع ان كان فى يدى من الدراهم الا ثلثة فعبده حر وفى يده اربعة دراهم كان حانثا لانه قد يكون للتبعيض وقد يكون صلة كما فى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان ففى كل موضع يصح الكلام بدونه كان للتبعيض كما فى مسئلة الجامع وفى كل موضع لا يصح بدونه كان صلة كما فى مسئلة الخلع فانها لو قالت خالعنى على ما فى يدى من دراهم كان الكلام مختلا فان قيل ينبغى ان يجب درهم واحد بمنزلة ما اذا قال لا اشترى العبيد قيل انما يحمل اللام على الجنس اذا كان احتمال كل الجنس فيه متصورا ولا يتصور هنا لاستحالة ان يكون الكل فى يدها وقيل الالف واللام هنا زائدة كما فى المستصفى (وان قالت) خالعنى على ما فى يدى (من مال) او على

ما فى البيت من متاع والحال لا شئ فيهما (لزمها رد مهرها) ان كان مقبوضا اما ولو لم يكن مقبوضا فلا شئ عليها وكذا لو كانت قد ابرأته منه كما فى البحر والاصل فى ذلك انها متى اطمعته فى مال متقوم فلم تسلم له لفقده وعدمه رجع عليها بالمهر لانها غرته حيث اطمعته فى مال والمغرور يرجع على الغار بالبدل فاذا فات المشروط المطمع فيه زال ملكه مجانا فيلزمها اداء المبدل وهو ملك البضع وقد عجزت عن رده فيلزمها رد قيمته وهو المهر ولو خالعها بما لها عليه من المهر ولم يبق لها عليه شئ من المهر لزمه رد المهر وان علم الزوج ان لا مهر لها عليه ولا متاع لها فى البيت لا يلزمها شئ كما فى الاختيار (وان خالعها على عبدها الابق) صفة العبد (على انها بريئة من ضمانه) اى على انه ان وجد العبد يسلم اليه وان لم يوجد فلا شئ عليها (لا تبرأ) المرأة من ضمانه بخلاف البراءة من عيبه فانها صحيحة (ولزمها تسليمه) اى العبد (ان امكن) التسليم (والا) اى وان لم يمكن تسليمه (فقيمته) لان الخلع عقد معاوضة فيقتضى سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة ولذا لو خالعها على ان يمسك الولد عنده صح الخلع وبطل الشرط كما فى العمادية (ولو قالت طلقنى ثلثا بالف فطلق واحدة فله ثلث الالف) فيجعل الالف ثلاثا كل ثلث بمقابلة واحدة هذا اذا لم يكن طلقها قبل ذلك ثنتين فان كان فطلقها واحدة لزمها الالف لانها التزمتها بازاء الحرمة الغليظة وقد حصلت (كما لو طلقها ثلثا) دفعة او متفرقة فى مجلس واحد (وبانت) لوجوب المال (وفى على الف يقع رجعيا بلا شئ) اى مجانا عند الامام (وعندهما) والشافعى كلمة على (كالباء) فى المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء له ان كلمة على للشرط والمشروط لا يوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانها للعوض واذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع فيملك الرجعة (ولو قال لها طلقى نفسك ثلثا بالف او على الف وطلقت نفسها واحدة لا يقع شئ) لان الشرط لا ينقسم على المشروط والزوج لم يرض بالبينونة الا بسلامة الالف بخلاف قولها له طلقنى ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف فلان ترضى ببعضها كان اولى (ولو قال انت طالق بالف او على الف فقبلت) فى المجلس (بانت ولزمها المال) للقبول وهذا مستدرك لانه علم من قوله الواقع به وبالطلاق على مال باين ولو ترك ههنا وذكر لزوم المال والقبول ثمة لكان اخصر واولى تأمل وفى المنح ولو قال انت طالق واحدة بالف فقالت قبلت نصف هذه التطليقة طلقت واحدة بالف بلا خلاف ولو قالت قبلت نصفها بخمسمائة كان باطلا (ولو قال انت طالق وعليك الف او قال لعبده انت حر وعليك الف طلقت المرأة فى الاولى (وعتق) العبد فى الثانية حال كونهما (مجانا وان) وصلية (لم يقبلا) عند الامام (وعندهما) والائمة الثلثة وزفر (لا) تطلق ولا يعتق (ما لم يقبلا) الالف (واذا قبلا لزم المال) ووقع الطلاق والعتاق وعلى هذا الخلاف لو قالت طلقنى ولك الف او قال العبد اعتقنى ولك الف ففعل وفى البحر لو قالت طلقنى ولك الف فقال طلقتك على الالف التى سميتها ان قبلت يقع الطلاق ويجب المال وان لم تقبل لا يقع ولم يجب المال عنده وعندهما يجب ويقع ولو قالت طلقنى واحدة بالف او على الف وطلقها ثلثا ولم يذكر الالف طلقت ثلثا مجانا عنده للمخالفة وعندهما طلقت ثلثا وعليها الالف بازاء الواحدة لانه مجيب بالواحدة مبتدئ بالباقى وان ذكر الالف لا يقع شئ عنده ما لم تقبل المرأة واذا قبلت الكل وقع الثلاث بالف وعندهما ان لم تقبل فهى طالق واحدة فقط وان قبلت طلقت ثلثا واحدة بالف وثنتان بغير شئ كما فى الكافى (والخلع) كالطلاق بمال (معاوضة فى حقها) اى المرأة لانها تبذل مالا لتسلم نفسها وفرع بقوله (فيصح رجوعها عن ايجابها (قبل قبوله) اى الزوج (بعد ما اوجبت) بان قالت اختلعت نفسى منك بكذا اخلعنى على كذا فرجعت عنه قبل قبوله بطل الايجاب (و) يصح (شرط الخيار لها) اى شرط الزوج الخيار للمرأة فلو قال خالعتك او طلقتك على كذا على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت جاز وبطل الخيار

ان ردت فى الثلث وطلقت ان لم ترد فيه ولزم البدل وهذا عند الامام وعندهما وعند الائمة الثلثة لايصح الخيار فوقع الطلاق ولزم البدل (ويبطل) الخلع (بالقيام عن المجلس قبل قبوله) عند الامام كما هى احكام المعاوضة ولايصح اضافته وتعليقه بالشرط ويتوقف حضور الزوج حتى لوغاب وبلغه واجاز لم يجز (و) الخلع (يمين فى حقه) اى الزوج لانه تعليق الطلاق بشرط قبولها المال (فلايرجع بعد ماوجب) قبل قبولها كما لايصح الرجوع عن اليمين (ولايصح شرط الخيار له) اى لايصح خياره لنفسه اجماعا كما لايصح فى اليمين (ولايبطل بالقيام عن المجلس قبل قبولها) بل يصح ان قبلت كما لايبطل اليمين ولا يتوقف على حضورها بل يجوز اذا كانت غائبة ويصح منه التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت (وجانب العبد فى العتق على مال كجانبها) فيكون معاوضة من جانبه فتعتبر احكامها ويمينا من جانب المولى فتعتبر احكام اليمين حتى انه اذا قال العبد للمولى اشتريت نفسى منك بكذا كان له الرجوع قبل قبول المولى فاذا قال المولى له بعت نفسك بكذا ليس له الرجوع وقس عليه شرط الخيار وغيره (ولو قال لها طلقتك امس بالف فلم تقبلى فقالت بل قبلت فالقول له) اى للزوج مع اليمين لان الطلاق بمال يمين من جانبه وقبولها شرط الحنث فيتم اليمين بلا قبول فلايكون الاقرار باليمين اقرارا بالحنث لصحتها بدونه بل هى ضده ولهذا ينتقض به فيكون القول فى الحنث قوله لانه منكر وجود الشرط (ولو قال البايع كذلك) يعنى من قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف امس فلم تقبل فقال بل قبلت (فالقول للمشترى) لان الاقرار بالبيع يكون اقرارا بالشراء لانه لايتم الا به فانكاره يكون رجوعا فيه فلايسمع وفى التنوير ولو ادعى الخلع على مال وهى تنكر يقع الطلاق والدعوى فى المال بحالها وعكسه لا (والمبارأة) بفتح الهمزة جعل كل منهما بريا للآخر من الدعوى وترك الهمزة خطأ كما فى المغرب (كالخلع ويسقط كل منهما) اى من الخلع والمبارأة (كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) الصحيح فان فى الخلع الفاسد لايسقط المهر وقيد به لانهما لايسقطان ما لايتعلق بالنكاح من الديون ثم فرع فقال (فلا تطالب هى بمهر ولا نفقة ماضية مفروضة) بالقضاء واما نفقة الولد والعدة فلا تسقط الا بالذكر والسكنى لاتسقط مطلقا الا ان ابرأته عن مؤنة السكنى بان كانت ساكنة فى بيت نفسها اوتعطى الاجرة من مالها فيصح التزامها ذلك واما اذا شرطا البراءة من نفقة الولد وهى مؤنة الرضاع ان وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم والا لا وفى البحر ان كان الولد رضيعا صح وان لم يبين المدة وترضعه حولين بخلاف الفطيم كما فى الفتح وفى البحر ولو خالعته على نفقة ولده شهرا وهى معسرة فطالبته بالنفقة يجبر عليها وعليه الاعتماد لا على ما افتى به بعضهم من سقوط النفقة ولو اختلعت على ان تمسكه وقت البلوغ صح فى الانثى لا الغلام (ولا) يطالب (هو بنفقة عجلها ولم تمض مدتها) اى مدة النفقة المعجلة (ولا بمهر سلمه اليها وخلع قبل الدخول) لان جميعها مما يتعلق بالنكاح فانهما يسقطانها جميعا عند الامام (وعند محمد) والائمة الثلثة (لايسقط الا ما سمياه فيهما) اى الخلع والمبارأة (وابو يوسف مع الامام فى المبارأة ومع محمد فى الخلع) وهذه المسئلة على وجوه فيطلب من المطولات (ولو خالع الاب صغيرته من زوجها بمالها) او على مهرها (لايلزم المال ولايسقط مهرها وطلقت فى الاصح) كما لو خالعت المرأة بمالها او مهرها وهى غير رشيدة فانه لايلزمها المال ويقع الطلاق والمراد بالطلاق البائن اذا الفرقة اذا كانت بلفظ الخلع فبائن وبالطلاق رجعى وهذه العبارة اولى من عبارة الكنز وهو لم يجز عليها لان الجواز فى كلامه يحتاج الى حمله على عدم لزوم المال لان الصحيح وقوع الطلاق وفيه اشعار بان الطلاق لايتوقف على اجازتها وقيل يتوقف والاول الصحيح وقيد بالانثى لانه لو خلع ابنه الصغير لايصح ولايتوقف خلع الصغير على اجازة الولى (وفى الكبيرة توقف) الخلع (على قبولها) لانه لاولاية له عليها فصار

كالفضولي (ولو خلع) الاب (على انه ضامن) لبدل الخلع صح و (لزمه) اى الاب (المال وطلقت) لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى (ولو شرط) الزوج (المال عليها) اي الصغيرة (طلقت بلا شئ ان قبلت) الصغيرة وهي من اهل القبول بان كانت تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب اما وقوع الطلاق فلوجود الشرط واما عدم لزومها المال فلانها ليست من اهل الغرامة (والا) اي وان لم تقبل او لم تكن من اهل القبول وكان المخالع اجنبيا ولم يضمن (فلا تطلق) اتفاقا كما في البحر ولو قال خالعتك بدون ذكر شئ فقبلت طلقت و برئ عن المهر المؤجل لو كان عليه وان لم يكن ردت المرأة على الزوج ما ساق اليها من المعجل كما في اكثر الكتب (وخلع المريضة مرض الموت معتبر من الثلث) لكونه تبرعا لان البضع غير متقوم حال الخروج

﴿باب الظهار﴾

مناسبة ذكر باب الظهار عقيب باب الخلع هي ان كلا منهما ناش عن نشوز في الخلع النشوز منها وفي الظهار منه وهو في اللغة مصدر ظاهر الرجل اى قال لزوجته انت علي كظهر امي اى انت علي حرام كبطن امي فكنى عن البطن بالظهر الذي هو عمود البطن لئلا يذكر ما يقارب الفرج ثم قيل ظاهر من امرأته فعدى بمن لتضمين معنى التجنب لاجتناب اهل الجاهلية عن المرأة المظاهر منها اذ الظهار طلاق عندهم كما في القهستاني وشرعا (هو تشبيه) مسلم عاقل بالغ ولم يصرح اشهرته فلا يصح ظهار الذمي والمجنون والصبي وهذا شرطه (زوجته) وفي اطلاقه اشارة الى ان المدخولة وغيرها والكبيرة والصغيرة والرتقاء وغيرها والعاقلة والمجنونة والمسلمة والكتابية سواء (او) تشبيه (عضو منها يعبر به عن جملتها) مثل الرقبة والعنق والروح والبدن والجسد والوجه وغيرها (او) تشبيه (جزء شايع منها) كنصفها وثلثها (بعضو يحرم عليه) اى على المظاهر (النظر اليه من) اعضاء (محارمه) اى من يحرم نكاحه ابدا فلو شبهها باخت امرأته لا يكون مظاهرا لان حرمتها موقتة بكون امرأته في عصمته (ولو رضاعا) او صهرية وانما ترك قوله تأبيدا لان الحرمة باحد هذه الوجوه لا تكون الا مؤبدة ومن لم يعرف فقال ما قال تدبر فالتشبيه مخرج لنحو انت امي او اختي او بنتي فانه ليس بظهار كما في المبسوط فلو قال ان فعلت كذا فانت امي وفعله فهو باطل وان نوى التحريم واضافته مخرجة لما قالت لزوجها انت علي كظهر امي فانه لغو في الصحيح وفي الجوهرة هذا قول محمد وعليه الفتوى وعن ابي يوسف انه ظهار وقال الحسن انه يمين فيلزمها كفارة يمين ورجحه ابن الشحنة والمحرم مخرج لما اذا شبه بمزنية الاب او الابن فان حرمتها لا تكون مؤبدة ولذا لو حكم بجواز نكاحها نفذ وهذا عند محمد خلافا لابي يوسف كما في القهستاني وفي البحر لو قال اذا تزوجتك فانت طالق ثم قال اذا تزوجتك فانت علي كظهر امي فتزوجها يقع الطلاق ولا يلزم الظهار في قول الامام وفي قولهما لزمه جميعا ولو قال الاجنبية ان تزوجتك فانت علي كظهر امي مائة مرة فعليه لكل مرة كفارة فعلم من هذا ان اضافة الظهار الى ملك او سببه صحيحة (فلو قال لها انت علي كظهر امي) نظير تشبيه زوجته (او رأسك ونحوه) نظير تشبيه عضو منها يعبر به عن الجملة (او نصفك وشبهه) نظير تشبيه الجزء الشايع (او كبطنها) عطف على قوله كظهر امي نظير تشبيه للعضو المشبه به الذي يحرم عليه النظر اليه من محارمه (او فخذها او كظهر اختي او عمتي ونحوهما) من محارمه على التأبيد (حرم) جواب لو (عليه) اي الزوج (وطؤها ودواعيه) كالتقبيل والمس بشهوة وفي الظهيرية ان النظر الى ظهرها او بطنها لا يحرم وفيه خلاف الشافعي في القول الجديد واحمد في رواية (حتى يكفر) وهذا حكمه اما حرمة الوطئ فبالكتاب والسنة واما حرمة الدواعي فلدخولها تحت النص المفيد لحرمة الوطئ وهو قوله تعالى من قبل ان يتماسا لانه لا موجب فيه للحمل على المجاز وهو الوطئ لامكان الحقيقة و يحرم الجماع لانه من افراد التماس فيحرم كل بالنص كما في الفتح لكن في البحر كلام فليطالع (فلو وطئ) المظاهر (قبل

التكفير فلبس عليه) اى المظاهر (غير الاستغفار) للوطئ الحرام (او الكفارة الاولى) اى غير
الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص بالاجماع الا سعيد بن جبير فانه قال تجب عليه
كفارتان وقال النخعى ثلث كفارات (ولا يعود) الى وطئها ثانيا (حتى يكفر والعود) اى عود المظاهر
المذكور فى قوله تعالى والذين يعودون لما قالوا (الموجب للكفارة) هو (عزمه على وطئها) وقد
اختلف اصحابنا فى سبب وجوب الكفارة وفى البحر فالعامة بمجموع الظهار و العود وفصل كل
التفصيل فليراجع و فى الاصلاح العود شرط او وجوب الكفارة فى الظهار اجماعا غير ان العود
عندنا عزمه على وطئ المظاهر منها وعند الشافعى سكوته عن طلاقها فى زمان يمكنه ان يطلقها
وعند مالك الوطئ نفسه واللام فى قوله تعالى لما قالوا بمعنى الى وقيل بمعنى فى وقال الفراء بمعنى
عن اى يرجعون عما قالوا يريدون الوطئ والعود الرجوع حتى لو ابانها ولم يعزم على وطئها لم يجب
عليه وكذا لو مات احدهما (و ينبغى لها) اى يجب لها (ان تمنع نفسها منه) الى ان يكفر (وتطالبه
بالكفارة ويجبره القاضى عليها) بالحبس ثم بالضرب ان ابى د فعا للضرر عنها والقول قوله فيه
مالم يكن معروفا بالكذب وفيه اشعار بان النكاح باق وان هذه الحرمة لا تزول الا بالتكفير ولهذا
لو طلقها ثم تزوج بها بعد العدة او زوج آخر حرم وطؤها قبل التكفير كما فى النهاية (واللفظ المذكور)
وهو قوله انت علىّ كظهر امى وما ماثله (لا يحتمل غير الظهار) سواء نواه او نوى طلاقا او ايلاء
او لم ينو شيئا لانه صريح فيه فلا يكون طلاقا ولا ايلاء (ولو قال انت علىّ مثل امى او كامى فان نوى
الكرامة صدق او) نوى (الظهار فظهار او) نوى (الطلاق فطلاق) لان اللفظ يحتمل كلا منها
فترجح بالنية تعين (وان لم ينو شيئا فليس بشئ) عند الشيخين لتعارض المعانى وعدم المرجح وعند
محمد هو ظهار و عن ابى يوسف مثله اذا كان فى حال الغضب وعنه ان يكون ايلاء (ولو قال انت
علىّ حرام كامى ونوى ظهارا او طلاقا فكما نوى) لان اللفظ يحتملهما وان لم ينو فعلى قول ابى
يوسف ايلاء ايضا وعلى قول محمد ظهار وروى ايضا عن الامام و هو الصحيح (ولو قال انت علىّ
حرام كظهر امى ونوى طلاقا او ايلاء فهو ظهار) عند الامام (وعندهما) والشافعى فى قول
يقع (ما نوى) الا عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا و عند ابى يوسف يكونان معا
الظهار بلفظه والطلاق بنيته وقيد بقوله ونوى لانه ان لم ينو شيئا او نوى ظهارا فهو ظهار
اتفاقا (ولا ظهار الا من الزوجة) ابتداء سواء كانت حرة او امة او كتابية قيدنا بالابتداء لانه فى البقاء
لا يحتاج الى كونها زوجة فلو ظاهر من زوجته الامة ثم ملكها بقى الظهار (فلا ظهار من امته)
وانما صرح هذه المسئلة مع انها علمت ضمنا فى قوله هو تشبيه زوجته ردا لقول مالك لانه قال يصح
الظهار على الامة ايضا (ولا) ظهار (عن نكحها بلا امرها فظاهر منها فاجازت النكاح) بعده لانها
اجنبية وقت الظهار (ولو قال لنسائه انتن علىّ) او منى او عندى او معى (كظهر امى كان مظاهرا
منهن) جميعا (وعليه لكل واحدة) منهن (كفارة) لانها الحرمة فتتعدد بتعددها خلافا لمالك (وان
ظاهر من واحدة مرارا فى مجلس او) فى (مجالس فعليه لكل ظهار كفارة) وان لم يتكرر العزم
الا اذا عنى بما بعد الاولى تأكيدا فيصدق قضاء و فى السراج هذا اذا قال فى مجلس لا فى مجالس
لكن المعتمد الاطلاق كما فى البحر (وهى) اى الكفارة (عتق رقبة) اى اعتاقها كما فى المغرب والرقبة
ذات مرقوق والمتبادر ان يكون الاعتاق مقرونا بالنية فلو اوى بعد العتق او لم ينو لم يجز والنكرة
فى الاثبات قد تعم على انه فى معنى نكرة موصوفة فالمعنى اعتاق كل مملوك كما فى القهستانى فلذا قال
(يجوز فيها المسلم والكافر) وعند الثلاثة خلاف فى الكافر (والذكر والانثى والصغير والكبير)
لاطلاق النص (والاعور) اى من ذهب احدى عينيه (والاصم الذى اذا صيح يسمع) والقياس
ان لا يجوز وهو رواية النوادر (ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف) لانه ما فات

لان الاعور والاصم المذكور والمقطوع المذكور بجنس المنفعة بل اختلاث (و) يجوز (مكاتب لم يؤد شيئا) من بدل المكاتبة لقيام الرق من كل وجه وكذا العاجز بعد ما ادى شيئا خلافا لزفر والشافعي فيهما وكذا يجوز الخصي والعنين والمجبوب خلافا لزفر ومقطوع الاذنين والمذاكر والرتقاء والقرناء والبرصاء والرمداء والخنثى وذاهب الحاجبين وشعر اللحية والرأس ومقطوع الانف والشفتين اذا كان يقدر على الاكل كما في البحر (ولا يجوز الاعمى والاصم الذي لا يسمع اصلا والاخرس ومقطوع اليدين او ابهاميهما) وتخصيص الابهامين اشارة الى انه اذا كان غيرهما يجوز وفي الاختيار وثلثة اصابع من اليد لها حكم الكل فعلم من هذا ان الجواز اذا كان اقل (او الرجلين او يد ورجل من جانب واحد) لفوات منفعة السمع والبطش وقوته والمشي فيصيرها لكا حكما (و) لا يجوز (مجنون مطبق) وكذا المعتوه المغلوب قيده بمطبق لانه اذا كان يجن ويفيق فانه يجزى عتقه في حال افاقته (ومدبر) خلافا للشافعي (وام ولد ومكاتب ادى بعضا) وانما صرح مع انه علم ضمنا في قوله ومكاتب لم يؤد شيئا ردا لرواية الحسن عن الامام فانه يجوز (ومعتق بعضه) لانه ليس برقبة كاملة (ولو اشترى قريبه) الذي يعتق عليه بالشراء وهو ذو رحم محرم (بنيتها) اى الكفارة (صح) العتق عنها خلافا للائمة الثلثة وزفر وفيه اشارة الى انه او دخل في ملكه بلا صنعه كالميراث ونوى به الكفارة لا يجوز اتفاقا كما في شرح المجمع (وكذا) صح (لو حرر نصف عبده عنها) اى الكفارة (ثم باقيه قبل وطئ من ظاهر منها) استحسانا عند الامام لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة وذلك لا يمنع الجواز بخلاف المسئلة التي بعد هذه لان النقصان هناك تمكن على ملك الشريك خلافا لهما وقيد النصف اتفاقي اذ الخلاف في بعضه مطلقا (ولو حرر) موسر (نصف عبد مشترك) قبل الوطئ (وضمن باقيه لا يجوز) عند الامام لان الاعتاق متجزء عنده (خلافا لهما) لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فباعتاق الموسر نصيبه عتق كله فلزمه ضمان نصيب شريكه وكان معتقا كل العبد عن الكفارة بلا عوض بخلاف ما او كان معسرا لان السعاية يكون واجبة على العبد في نصيب شريكه وكان اعتاقا بعوض فلم يجز وذا بلا خلاف (وكذا) اى على هذا الخلاف (لو حرر نصف عبده ثم جامع المظاهرة منها ثم حرر باقيه) فانه لا يجزء عنده لان عتق باقي العبد وقع بعد المسيس والمأمور به هو العتق قبل المسيس فالعتق يتجزى عنده خلافا لهما والائمة الثلثة وما ذكر من التحرير اذا وجد (فان لم يجد) اى ان لم يستطع المظاهر (ما يعتق) عن الكفارة (صام) وفي الخزانة لا يصوم من له خادم بخلاف المسكن وفي الجوهرة الا ان يكون زمنا فيجوز (شهرين متتابعين) بلا افطار يوم بلا جماع في خلالهما لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فلو صام شهرين فقدر على الاعتاق في اليوم الاخير قبل الغروب وجب عليه الاعتاق وصار صومه تطوعا وكذا لو قدر على الصوم في آخر الاطعام لزمه الصوم وانقلب الاطعام نفلا ثم ان صام شهرين بالاهلة اجزأه ولو كانا ناقصين والا فلا يجزيه الا ستون يوما كما في المحيط ولو صام تسعة وعشرين يوما بالهلال وثلثين بالايام جاز (ليس فيهما شهر رمضان) لان تتابع الشهرين لم يوجد وصوم آخر غير مشروع فيه لتعينه الا اذا كان مسافرا فصام شعبان ورمضان بنية الكفارة اجزأه عند الامام خلافا لهما كما في الغاية (ولا شئ من الايام المنهية) مجاز حكمي اى المنهي الصوم فيها وليس من قبيل الحذف والايصال في شئ لانه سماعي وهي يوما العيد وايام التشريق لان الصوم حرام فيها فكان ناقصا فلا يتأتى به الواجب (فان وطئها) اى وطئ المظاهر التي ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فان كان يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فلزمه الاستيناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطئها بالنهار ناسيا والليل كيف ما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستيناف

بالاتفاق (فيهما ليلا عمدا) هكذا فى اكثر المعتبرات وذكر فى العناية وغيرها ان قيد عمدا اتفاقى
لا احترازى لان العمد والنسيان فى الوطئ بالليل سواء ولا خلاف فيه وفى القهستانى خلاف لكن
الحق ما فى العناية وغيرها تتبع (او نهارا) اراد النهار الشرعى فيدخل فيه ما بين طلوع الفجر
الى طلوع الشمس (ناسيا استأنف) الصوم لا الاطعام (خلافا لابى يوسف) اى قال الشرط
عدم فساد الصوم فلو وطئها ليلا او نهارا ناسيا لا يستأنف والصحيح قولهما لان المأمور به
صيام شهرين متتابعين لا مسيس فيهما كما بيناه قيده بقوله ناسيا لانه اذا جامعها فى النهار عامدا
يستأنف بالاتفاق (وان افطر فيهما) المظاهر يوما (بعذر) كسفر او مرض (او بغير عذر استأنف
اجماعا) لانقطاع التتابع بالفطر وهو عذر يمكن الاحتراز عنه بخلاف ما لو افطرت المرأة للحيض
فى كفارة القتل او الفطر فى رمضان حيث لا يستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض بخلاف ما لو
نفست (فان لم يستطع) المظاهر (الصوم) لمرض لا يرجى زواله او كبر (اطعم هو) اى المظاهر
(او نائبه) بان امر غيره ان يطعم عنه عن ظهاره من ماله ففعل اجزأه وانما فسرنا بالامر اذ بغيره
لم يجزه (ستين مسكينا) وقيد المسكين اتفاقى لجواز صرفه الى غيره من مصارف الزكوة لكن لابد
ان يكون كل منهم جائعا وبالغا او مراهقا (كل مسكين كالفطرة) اى من بر او زبيب نصف صاع
ومن تمر وشعير صاع (او) اطعم (قيمة ذلك) اى اعطى كلا قدر قيمة الفطرة مطعما فلا اشكال فى عطفه
كما قيل وعن الشافعى لا يجوز دفع القيمة وافاد بعطف القيمة انه لابد ان يكون من غير المنصوص
عليه ولو دفع منصوصا عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز الا ان يبلغ المدفوع الكمية المقدرة
شرعا فلو دفع نصف صاع تمر تبلغ قيمة نصف صاع بر لا يجوز كما فى المنح (ويصح اعطاء من بر)
الافصح منا بر (مع منوى شعير او تمر) لحصول الاطعام فكان تكميلا بالاجزاء لا بالقيمة وفيه
روايتان وفى الاصل انه لا يجوز كما فى القهستانى (وتصح الاباحة فى الكفارات) ككفارة الظهار
والافطار واليمين وجزاء الصيد (والفدية) حتى لو عشاهم وغداهم جاز لوجود الاباحة وقال
الشافعى لا يجوز الاباحة فى الكفارات والفدية الا التمليك (دون الصدقات) كالزكوة وصدقة
الفطر (والعشر) ففيهما التمليك شرط والضابط ان ما شرع بلفظ الاطعام او الطعام يجوز
فيه التمليك والاباحة وما شرع بلفظ الايتاء او الاداء يشترط فيه التمليك (فلو غداهم وعشاهم)
اى اعطى الستين الغداء وهو الطعام قبل نصف النهار والعشاء وهو الطعام بعد نصف النهار
اى طعام الغداء والعشاء وفى كلمة الواو اشارة الى انه لا يجوز الغداء بدون العشاء ولا العكس فالمعتبر
كلتان (او غداهم غدائين او عشاهم عشائين واشبعهم جاز) لان المعتبر دفع حاجة الفقير مرتين
وفى النبيين ويشترط فيه اتحاد الفقراء فيهما اذا غدى ستين وعشى ستين آخرين لم يجز الا ان
يعيد على احد الستينين منهم غداء او عشاء وكذا يشترط اتحادهم فى الغدائين او العشائين كما فى
الفتح ولو غداهم يوما وعشاهم يوما جاز (وان قل ما اكلوا) يعنى ان المعتبر هو الشبع لا المقدار
(ولابد من الادام فى خبز الشعير) والذرة ليمكنه الاستيفاء الى الشبع (دون الحنطة ولو اطعم فقيرا
واحدا ستين يوما اجزأه) لان المعتبر دفع حاجة المسكين وانها تتجدد بتجدد اليوم (وان اعطاه
طعام شهرين فى يوم) واحد (لا يجزئ الا عن يوم واحد) لاندفاع الحاجة بالمرة الاولى وهذا
لا خلاف فيه فى الاباحة فاما التمليك فى يوم واحد فى دفعات قيل لا يجزيه وقيل يجزيه لان الحاجة
الى التمليك تتجدد فى اليوم مرات بخلاف ما اذا دفع الكل اليه مرة واحدة لان التفريق واجب بالنص
(فان جامعها فى خلال الاطعام لا يستأنف) لاطلاق نص الاطعام الا انا اوجبنا قبل المسيس
لاحتمال القدرة على الاعتاق او الصوم فيقعان بعده والمنع بمعنى لا ينافى المشروعية (ولو اطعم ستين
فقيرا كل فقير صاعا) من بر (عن ظهارين لا يصح الا عن واحد) عند الشيخين وقال محمد يجزيه

عنهما وكذا فى كفارة اليمين (ولو) اطعم (عن ظهار وافطار صح عنهما) اتفاقا لاختلاف الجنس وكذا
او حرر عبدين عن ظهارين او صام عنهما اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين فقيرا صح عنهما
اى عن الظهارين (وان) وصلية (لم يعين) بان نوى الاول للاول لان الجنس متحد فلا حاجة
الى التعيين وقال الشافعى ومالك لايصح بلا تعيين (وان حرر عنهما) اى الظهارين (رقبة
واحدة او صام شهرين) او اطعم ستين مسكينا (ثم عين عن احدهما صح) عما عين والقياس ان
لايجوز وهو قول زفر والشافعى ومالك (واو عن ظهار وقيل لا) يصح عن واحد منهما بالاجماع
وان كانت كافرة تعين للظهار استحسانا وجاز وقال زفر لايجزيه كالاول فى كفارتى ظهار وقتل
وقال الشافعى له ان يجعل عن احديهما فى الفصلين (وان ظاهر العبد لايجزيه الا الصوم وان)
وصلية (اعتق عنه سيده او اطعم) لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه والكفارة عبادة
فعل الاخر لايكون فعله

﴿باب اللعان﴾

هو مصدر يلاعنه ملاعنة ولعانا ولاعن امرأته
ملاعنة ولعانا ولعنه طرده وابعده وهو لعين وملعون سمى به لما فى الخامسة من لعن الرجل نفسه
وهى من تسمية الكل باسم البعض كالتشهد كما فى التبيين وفى النهر ولم يسم بالغضب وان كان
موجودا فيه لما فى جانبها لان لعنه اسبق والسبق من اسباب الترجيح او سمى به تغليبا او لان الغضب
قائم مقام اللعن وسببه قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد فى الاجنبية وركنه شهادات مؤكدات
باللعن واليمين واهله اهل الشهادة وشرطه قيام النكاح وحكمه حرمة الوطئ بعده ولو قبل
التفريق بينهما (هو) اى اللعان فى الشرع (شهادات) تأتى صفتها والكلام عليها (مؤكدة
بالايمان) كل واحد بيمين وعند الثلثة ايمان مؤكدات بالشهادات فمن كان اهلا لليمين كان اهلا
للعان فيلاعن الذمى والعبد والمحدود فى قذف لكونهم من اهل اليمين (مقرونة) تلك الشهادات
(باللعن قائمة مقام حد القذف فى حق الزوج) بالنسبة الى كل زوجة على حدة لامطلقا الا يرى
انه لو قذف بكلمة او كلمات اربع زوجات له بالزنا لايجزيه لعان واحد لهن بل لابد من ان يلاعن
كل منهن على حدة بخلاف الحد (ومقام حد الزنا فى حقها) بمعنى انهما اذا تلاعنا سقط عنهما
حد القذف وحد الزنا والدليل على انه حد القذف فى حقه فعل النبى صلى الله تعالى عليه وسلم كما
هو معروف فى قصة هلال بن امية والاصل فيه قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الآية وتمامه
فى المطولات (فلو قذف زوجته) بنكاح صحيح سواء دخل بها او لا فلا لعان بقذف الاجنبية لكن يحد
وكذا المبانة والميتة من الرجعى وكذا اذا تزوجها بعد هذا الطلاق لان الساقط لايعود وهذا
حيلة اللعان كما لايخفى وانما قيدنا بعد العدة من الرجعى لان فى العدة لم يسقط اللعان (بالزنا) الصريح بان
قال انت زانية او زنيت لابكناية ولا بغيره (وكل منهما اهل للشهادة) اى لادائها على المسلم لا للتحمل
فلا لعان بين كافرين وان قبلت شهادة بعضهم بعضا عندنا لانه لابد معها من اهلية اليمين والكافر ليس
من اهل اليمين ولا بين كافرة ومسلم ولا بين مملوكين ولا اذا كان احدهما مملوكا او صبيا او مجنونا او محدودا
فى قذف واورد انه يجرى بين الاعميين والفاسقين مع انهما لاتقبل شهادتهما ودفع بانهما من اهلها
الا انها لاتقبل للفسق ولعدم تمييز الاعمى بين المشهود له وعليه ههنا يقدر على ان يفصل بين نفسه
وامرأته كما فى اكثر الكتب وبهذا ظهر فساد ما قيل يبطل هذا بلعان الاعمى فانه ليس من اهل الاداء تأمل
وروى عن الامام ان الاعمى لايلاعن (وهى ممن يحد قاذفها) فان كانت لايحد قاذفها بان تزوجت
بنكاح فاسد او كان لها ولد وليس له اب معروف ووجوده معها ليس بشرط او زنت فى عمرها ولو مرة
او وطئت وطئا حراما بشبهة ولو مرة لايجرى اللعان وفى البحر لو قذفها فتزوجت غيره فادعى الاول
الولد لزمه وحد للقذف وان ولدت من الثانى لاشئ عليه ان كان قبل اكذاب الاول وان بعد الاكذاب
لاعن وانما اكتفى بذكر الشرط المذكور فى حقها مع انه مشروط فى حقه ايضا لان المرأة هى المقذوفة

دونه فاختار صاحب ... باشتراط كونها ممن يحد قاذفها ابعد اشتراط اهلية الشهادة بخلافه فانه ليس بمقذوف بل هو شاهد فاشترطت اهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه كما في الفتح ثم الاحصان يعتبر عند القذف حتى لو قذفها وهي امة او كافرة ثم اعتقت او اسلمت لا يجب الحد ولا اللعان وكذا بردتها ولا يعود لو اسلمت بعده ويسقط بموت شاهد القذف وغيبته لا بعمى الشاهد او فسق او ارتد وفي التنوير او قال زنيت وانت صبية او مجنونة وهو اي الجنون معهود فلا لعان بخلاف ما لو قال زنيت انت ذمية او امة او منذ اربعين سنة وعمرها اقل (او نفى) عطف على قذف او بالزنا اي ابعد الزوج منه بان يقول ليس مني (نسب ولدها) هو اعم من كونه ولده منها او ولدها من غيره ولا فرق بين ما صرح معه بالزنا او لم يصرح على مختار اكثر المعتبرات خلافا لما في المحيط (وطالبته) اي الزوجة (بموجبه) اي القذف وهو الحد فانه حقها فلا بد من طلبها كسائر حقوقها ولانه من شرط اللعان واذا لم تكن عفيفة ليس لها المطالبة لفوات شرطه وفيه اشارة الى انها او لم تطلب حقها لم يبطل وان طالت المدة لكن او سكتت ولم ترفع الى الحاكم الكان افضل وينبغي للحاكم ان يقول لها اتركي واعرضي عن هذا (وجب عليه اللعان) ان اعترف بالقذف او اقامت عدلين مع انكاره وان اقامت رجلا وامرأتين لا تقبل وان لم تجد لا يحلف اتفاقا (فان ابى) اي امتنع الزوج عن اللعان (حبس) اي حبسه الحاكم (حتى يلاعن او يكذب نفسه) وفي الاصلاح ههنا غاية اخرى ينتهي الحبس عندها وهي ان تبين منه بطلاق او غيره (فيحد) ولا يجوز العفو والابراء ولا الصلح (فان لاعن) الزوج (وجب اللعان عليها) بالنص (فان ابت) المرأة عن اللعان (حبست) عندنا (حتى تلاعن او تصدقه) ولم يقل فتحد كما في بعض نسخ القدوري لكونه غلطا لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق وفي التبيين وغيره ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان النسب انما ينقطع حكما باللعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في ابطاله وبهذا ظهر فساد ما قيل فينفى نسب ولدها عنه لكن لا يجب عليها الحد بهذا التصديق تأمل (فان لم يكن الزوج من اهل الشهادة بان كان عبدا او كافرا) صورته ان يكونا كافرين واسلمت المرأة فقذفها زوجها قبل ان يعرض عليه الاسلام (او محدودا في قذف) كما حققناه آنفا (وهي) اي المرأة (من اهلها) اي الشهادة (حد) لانه ليس من اهل اللعان لعدم اهليته للشهادة (وان كان) الزوج (اهلا وهي) اي المرأة (امة او صغيرة او مجنونة او محدودة في قذف او كافرة او ممن لا يحد قاذفها) كما بيناه آنفا ولو اكتفى فقال وهي ممن لا يحد قاذفها الكان اخصر واولى لان الامة وغيرها اسباب لكونها ممن لا يحد قاذفها تأمل (فلا حد) عليه (ولا لعان) اما عدم الحد فلامتناع اللعان من جهتها على ما صرح في الهداية وذلك ان موجب القذف في حق الزوج عندنا اللعان وانما يصار الى الحد عند تعذر اللعان لا من جهتها واما عدم اللعان فلعدم اهليتها للشهادة وعدم عفتها ولكنه يعذر لالحاقه الشين بها (وصفته) اي اللعان ما نطق به النص القرآني والمراد بالصفة الركن لان صفته على ما سيأتي لم ينطق به النص القرآني وانما ورد في السنة (ان يبدأ) القاضي (بالزوج) بعد ان اوقفه مع المرأة متقابلين لانه هو المدعي ولان النبي عليه الصلاة والسلام بدأ به فيه فلو اخطأ القاضي فبدأ بالمرأة ينبغي ان يعيده ولو فرق قبل الاعادة جاز وقد اخطأ السنة وفي الفتح وهو الوجه (فيقول) الزوج بامر القاضي بعدما ضمهما بين يديه قائما (اربع مرات) لانه شاهد لنفسه وشهود الزنا اربعة (اشهد) اي مقسما او اقسم (بالله) الذي لا اله الا هو كما في القهستاني (اني) اي بانى (صادق فيما رميتها به من الزنا) ثم يقول القاضي اتق الله فانها موجبة يعني لعنة وفرقة وعقوبة فان لم يتق الله يتم الامر كما في القهستاني (و) يقول (في) المرة (الخامسة ان لعنة الله) بتاء الوحدة (عليه) وانما اثر الغيبة على التكلم لانه لا يخلو عن شناعة كما لا يخفى (ان كان كاذبا فيما رميتها به) هكذا في الهداية وغيرها

وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن الامام بالخطاب فيهما نظرا الى انه اقطع للاحتمال والوجه الظاهر ان كل واحد منهما يشير الى صاحبه والاشارة ابلغ اسباب التعريف (من الزنا يشير اليها) اى الى المرأة (في جميع ذلك ثم) بعد الرجل (تقول هى) اى المرأة قائمة (اربع مرات اشهد بالله انه كاذب فيما رماني به من الزنا) ثم يقول القاضى كما مر (و) تقول (فى) المرة (الخامسة ان غضب الله عليها ان كان صادقا فيما رماني به من الزنا تشير اليه) اى الى الزوج (فى جميع ذلك) وانما خص الغضب فى جانبها لانها تجاسر باللعن على نفسها كاذبة لان النساء يستعملن اللعن كثيرا كما فى الحديث فاختير الغضب لتتقى ولاتقدم عليه (فان كان القذف بنفى الولد ذكراه) اى الزوج والمرأة نفى الولد (عوض ذكر الزنا) يعنى يقول الزوج اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتك به من نفى الولد وتقول المرأة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفى ولدى (وان كان القذف (بالزنا ونفى الولد) جميعا (ذكراهما) اى ذكر الزوج والمرأة الزنا ونفى الولد جميعا (فاذا تلاعنا فرق الحاكم بينهما) فلا تفريق بمجرد اللعان حتى لو لم يفرق حتى عزل اومات فالحاكم الثانى يستقبل عندهما خلافا لمحمد فيجوز الظهار والايلاء ويجرى التوارث بينهما وفيه اشارة الى ان التفريق قبل اكثر اللعان غير موجب للفرقة والى ان القاضى لو فرق بينهما بعد وجود اكثر اللعان من كل واحدة منهما وقعت الفرقة والى ان القاضى يفرق بينهما ولو لم يرضيا وقال زفر يقع بتلاعنهما ولاحاجة الى تفريق الحاكم وقال الشافعى يقع بلعان الرجل قبل لعان المرأة (وهو) اى التفريق (طلقة باينة) على الصحيح فيجب العدة مع النفقة والسكنى هذا عند الطرفين واما عنده فيحرم حرمة مؤبدة كارضاع وهو قول زفر والحسن وفى شرح الاقطع وقول الشافعى مثله وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ ومايحتاج منها الى القضاء فى قوله ٭فى خيار البلوغ والاعتاق ٭فرقة حكمها بغير طلاق ٭فقد كفو وكذا نقصان مهر ٭ونكاح فساد باتفاق ٭ملك احد الزوجين او بعض ٭ زوج وارتداد على الاطلاق ٭ثم جب وعنة ولعان ٭واباء الزوج فرقة بطلاق ٭وقضاء القاضى فى الكل شرط ٭ غير ملك وردة وعتاق (وينفى) الحاكم (نسب الولد) عن الزوج (ان كان القذف به) اى بنفى الولد (ويلحقه بامه) اى يثبت نفى الولد ضمنا للقضاء بالتفريق وعن ابى يوسف يفرق القاضى ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب ولو لم يقل ذلك لاينتفى النسب عنه لانه ليس من ضرورة التفريق باللعان نفى النسب كما بعد موت الولد فانه يفرق باللعان ولاينتفى نسبه عنه وفى شرح الطحاوى ثم ولد الملاعنة بعدما قطع نسبه فجميع احكام نسبه باق سوى الميراث والنفقة (فان اكذب نفسه بعد ذلك) اى اللعان (حد) حد القذف لاقراره بوجوب الحد كما سيأتى فى حد القذف فان اكذب قبله ينظر فان لم يطلقها قبل الاكذاب فكذلك وان ابانها ثم اكذب نفسه فلا حد ولا لعان اطلقه فشمل ما اذا اعترف به وما اذا اقيمت عليه بينة انه اكذب نفسه وشمل الاكذاب صريحا او ضمنا ولهذا اومات الولد المنفى عن مال فادعى الملاعن لايثبت نسبه ويحد كما فى البحر (وحل له) اى للزوج المحدود (ان يتزوجها) اى الزوجة الملاعنة بعد الاكذاب لارتفاع حكم اللعان بتكذيب نفسه واطلاقه يشمل ما اذا حد اولم يحد فتقييد الزيلعى الحل بالحد اتفاقى وكذا اذا اكذبت نفسها فصدقته (خلافا لابى يوسف) وزفر والائمة الثلثة لقوله عليه الصلاة والسلام المتلاعنان لايجتمعان ابدا وجوابه ماداما متلاعنين كما يقال المصلى لايتكلم مادام مصليا (وكذا) يحل له ان يتزوجها (ان قذف غيرها) رجلا وامرأة (فحد) حدا واحدا لان الحد يتداخل فيحد قذف غيرها سقط حد قذفها (او زنت فحدت) اى زنت بعد التلاعن فحدت بان كان التلاعن قبل الدخول فزنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لانها ليست محصنة من شروط احصان الرجل الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد كما قال يعقوب باشا وقال الزيلعى

قوله قذفت وقع اتفاقا لان زناها من غير حد يسقط احصانها فلا حاجة الى ذكره قال الفقيه المكى زنت بالتشديد اى نسبت غيرها الى الزنا وهو القذف فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا فيزول الاشكال انتهى لكن يبعد عن هذا المقام جدا لمخالفته للرواية فانها بالتخفيف تأمل (ولا لعان) ولا حد (بقذف الاخرس) سواء كان الخرس فى جانب القاذف او المقذوف ولو قال ولا لعان اذا كانا اخرسين او احدهما لكان اشمل وفيه اشارة الى انه لا يثبت بالكتابة كما لا يثبت باشارة الاخرس والى انه لو طرأ احدهما بعد اللعان قبل التفريق فلا تفريق ولا حد كما فى البحر وعند الائمة الثلاثة يجب ان كان اشارته معلومة (ولا) لعان (بنفى الحمل) قبل وضعه بان قال لامرأته ليس حملك منى عند الامام وزفر لان قيامه عند الحمل غير معلوم لاحتمال كونه انتفاخا (وعندهما يلاعن ان اتت به) اى بالحمل (لاقل من ستة اشهر) للتيقن بقيامه قلنا اذا لم يكن قذفا فى الحال يصير كالمعلق بالشرط كانه قال ان كان بك حمل فليس منى والقذف لا يصح تعليقه بالشرط (ولو قال زنيت وهذا الحمل منه) اى من الزنا (لاعن اتفاقا) لوجود القذف صريحا بقوله زنيت (ولا ينفى القاضى الحمل) وقال الشافعى ينفيه لانه عليه الصلاة والسلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه قبل الولادة ولئن صح نفيه عن هلال فنقول ان النبى عليه الصلاة والسلام عرف قيام الحمل وقت القذف وحيا وان هلالا صرح بزنا امرأته (ولو نفى الولد عند التهنئة) والاستبشار بالولد (وابتياع آلة الولادة) بلا توقيت وقت معين وفى رواية فى ثلاثة ايام وفى اخرى فى سبعة اعتبارا بالعقيقة (صح) نفيه (ولاعن وان نفى بعد ذلك لاعن) لوجود القذف بنفى الولد (ولا ينتفى) نسب الولد لان قبوله التهنئة او سكوته عندها او شراء آلة الولادة او سكوته عن النفى الى ان يمضى ذلك الوقت اقرار بان الولد منه فيجب اللعان فلا يصح نفيه (وعندهما يصح النفى فى مدة النفاس) اذا كان حاضرا لانه اثر الولادة قلنا لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو ما تقدم (وان كان) الزوج (غائبا) لا يعلم بالولادة (فحال علمه كحال ولادتها) فله نفيه فى قدر التهنئة عنده وعندهما قدر مدة النفاس بعد العلم (وان نفى اول توأمين) اى ولدين من بطن واحد بين ولادتهما اقل من ستة اشهر (واقر بالآخر حد) لانه اكذب نفسه بدعوى الثانى (وان عكس) بان اقر بالاول ونفى الثانى (لاعن) لانه قاذف بنفى الثانى اذا لم يرجع عنه (ويثبت نسبهما) اى التوأمين (فيهما) اى فى الصورتين لانهما خلقا من ماء واحد كما لو لاعن امرأته بالولد وقطع النسب ثم جاءت بولد آخر من الغد ثبت نسبهما ولو نفاهما ثم مات احدهما قبل اللعان لزماه ولو جاءت بثلثة فى بطن واحد فنفى الثالث واقر بالثانى يحدوهم بنوه مات ولد اللعان وله ولد فادعاه الملاعن ان ولد اللعان ذكرا يثبت نسبه اجماعا وان انثى لا عند الامام وقالا يثبت كما فى التنوير وغيره

﴿باب العنين﴾

قال صاحب المنير رجل عنين لا يقدر على اتيان النساء ولا يشتهى النساء وامرأة عنينة لا تشتهى الرجال وهو فعيل بمعنى مفعول وشرعا (هو من لا يقدر على الجماع) مطلقا مع وجود الآلة (او يقدر على الثيب دون البكر) او يقدر على بعض النساء دون بعض لمرض به او لضعف طبيعته او لكبر سنه او لسحر او لغير ذلك فهو عنين فى حق من لا يصل اليها لفوات المقصود فى حقها سواء كانت آلته تقوم او لا ولذا قال فى شرح المنظومة الشكاز بفتح المعجمة وكاف مشددة وبعد الالف زاى هو الذى اذا حدث المرأة انزل قبل ان يخالطها ثم لا تنتشر آلته بعد ذلك لجماعها وهو من قبيل العنين ويلحق بالعنين من كان ذكره صغيرا جدا كالزر لا من كانت آلته قصيرة لا يمكن ادخالها داخل الفرج فانه لا حق لها فى المطالبة بالتفريق كما فى المحيط وفى البحر اذا اولج الحشفة فقط فليس بعنين وان كانت مقطوعا فلا بد من ايلاج بقية الذكر وينبغى ان يقال الا بقدر الحشفة من مقطوعها وفى الخانية ان كان الزوج عنينا والمرأة رتقاء لم يكن لها حق الفرقة

المانع من قبلها (فلو اقر) الزوج (انه لم يصل الى زوجته يؤجله الحاكم) وقت الخصومة ولا عبرة لتأجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل هذا الحاكم بعد التأجيل بنى الثاني على الاول وهذا اذا لم تعلم وقت النكاح انه عنين (سنة قمرية) بالاهلة فان المطلقة تنصرف اليها وذا ثلثمائة واربعة وخمسون يوما اذا كان نصفها كل شهر ثلثين يوما ونصفها تسعة وعشرين وزاد يوم اذا كان سبعة منها ثلثين ونقص يوم اذا كان خمسة منها ثلثين والباقي تسعة وعشرين (هو الصحيح) وهو ظاهر الرواية كما في الهداية وغيرها فكان هو المعتمد وفيه اشارة الى انه لم تعتبر القمرية بالحساب وذا ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وثمان ساعات وثمانمائة واربعون دقيقة وهي من اجتماع القمر والشمس اثنى عشرة مرة كما في القهستاني وفي المحيط الاعتبار للشمسية وهي مدة مفارقة الشمس من نقطة من الفلك الثامن الى العود اليها وذا في ثلثمائة وخمسة وستين يوما وخمس ساعات وخمسين دقيقة واثنى عشرة ثانية برصد بطليموس قال في الخلاصة وعليه الفتوى وفي البحر اذا كان التأجيل في اثناء الشهر يعتبر بالايام اجماعا (ويحتسب منها) اي من سنة التأجيل (رمضان وايام حيضها) وكذا حجة وغيبته لا لو حجت هي او غابت لان العجز من قبلها فكان عذرا (لا) يحتسب منها (مدة مرضه او مرضها) وعليه الفتوى لان السنة قد تخلو عنه وفي المحيط اصح الروايات وعن ابي يوسف ان نصف الشهر وما دونه يحتسب وما زاد لا ولو حبس وامتنعت من المجيء لم يحتسب وان لم تمتنع وكان في الحبس موضع خلوة احتسب والمريض لا يؤجل الا بعد الصحة وان طال المرض وكذا المحرم (فان) اقرانه (لم يصل فيها) اي في سنة اجل (فرق بينهما) اي قال الحاكم فرقت بينكما ان ابى الزوج عن تطليقها فيشترط للفرقة حضور الزوجين والقضاء وعنهما انها كما اختارت نفسها تقع الفرقة بينهما اعتبارا بالمخيرة بتخيير الزوج او بتخيير الشرع (ان طلبت) اي الزوجة طلبا ثانيا فالاول للتأجيل والثاني للتفريق لانه خالص (حقها) وفي البحر قوله ان طلبت متعلق بالجميع وهو حسن وطلب وكيلها عند غيبتها كطلبها على خلاف فيه وفيه اشعار بان حقها لم يبطل بتأخير الطلب اولا وثانيا وكذا لو خاصمته ثم تركت مدة فلها المطالبة ولو طاوعته في المضاجعة تلك الايام ولو تزوجها بعد التفريق لم يكن لها الخيار لرضاها بحاله (وهو) اي التفريق (طلقة بائنة) ولها كمال المهر ان خلا بها وعليها العدة الا عند الشافعي واحمد الفرقة بها فسخ (فلو قال) الزوج (وطئت وانكرت) اي الزوجة الوطئ (ان كان) الاختلاف (قبل التأجيل) فلا تخلو من ان تكون ثيبا او بكرا (فان كانت) حين تزوجها (ثيبا او بكرا) فقال وطئت وانكرت (فنظرن) اي النساء (اليها) بان يمتحن بصب بيضة الحمامة المطبوخة المقشرة فان مرت بغير علاج فثيب وقيل بالبول على الجدار فان سال على الفخذ فثيب وفيه تردد فان موضع البكارة غير المبال والاحسن المرأة العدل فانها كافية والاثنتان احوط وفي البدايع اوثق واشترط الكافي عدالتها فعلى هذا لو قال فنظرت امرأة ثقة لكان اولى تدبر (فقلن) بعد النظر والاولى ان يقول فان قالت لما بيناه آنفا وكذا ما سيأتي (هي ثيب فالقول له) اي للزوج (مع يمينه وان) نظرن و (قلن هي بكر اجل) سنة اما في الاول فلان المرأة تدعى استحقاق الفرقة عليه وهو ينكرها ولانه متمسك بالاصل وهو السلامة فيكون القول قوله مع يمينه واما في الثانية فلامكان زوال بكارتها بشيء آخر فيشترط اليمين مع شهادة العدل ليكون حجة (فان) حلف في المسئلتين بطل حقها (وكذا) اي اجل (ان نكل) اي امتنع الزوج عن الحلف في المسئلتين (وان كان) الاختلاف (بعد التأجيل وهي ثيب) في الاصل (او بكر) فنظرن (وقلن ثيب فالقول له) مع يمينه (وان قلن بكر خيرت) لان شهادة العدل تأيدت باصل البكارة (وكذا) خيرت (ان نكل) لتأيدها بالنكول (ومتى اختارته بطل خيارها) لانها رضيت به لاطلاقه فشمل الاختيار حقيقة او حكما كما اذا قامت من مجلسها او اقامتها اعوان

القاضي اوقام القاضي قبل ان تختار شيئا وعليه الفتوى كما في البحر (والخصي) الذي نزع خصيتاه (كالعنين) يعني اذا لم تنتشر آلته لان وطئه مرجو وان كان بحيث تنتشر آلته و يصل الى النساء فلا خيار لها كما صرح به (والمجبوب) الذي قطع ذكره وخصيتاه (يفرق) بينهما (في الحال) ان طلبت لعدم الفائدة في التأجيل فلو جب بعد وصوله اليها مرة وصار عنينا بعده لا يفرق ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد التفريق الى سنتين يثبت نسبه والتفريق بحاله بخلاف العنين حيث يبطل التفريق لانه لما ثبت نسبه لم يبق عنينا ذكره في النهاية وقال الزيلعي وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل الاترى انها لو اقرت بعد التفريق بالوصول اليها لا يبطل انتهى لكن وقوع الطلاق غير مسلم لانه لم يصادف محله تدبر (وحق التفريق في الامة لمولى عند الامام) لان الولد له (ولها عند ابي يوسف) لان الوطأ حقها وفي شرح التنوير مخالف حيث قال ولو امة فالخيار لمولاها عند الشيخين وقال زفر الخيار لها الا ان يحمل على روايتين تأمل (ولا خيار لها ان وجدت) المرأة (به) اي بالزوج (جنونا وجذاما او برصا) عند الشيخين (خلافا لمحمد ولا خيار (له) اي للزوج (او وجد بها) اي بالمرأة (ذلك) اي المذكور من الجنون والجذام والبرص (او رتقاء او قرناء) وعند الائمة الثلاثة يخير الزوج بعيوب خمسة فيها والدلائل بينت في المطولات فليراجع ﴿باب العدة﴾ لما ترتب في الوجود على الفرقة بجميع انواعها اوردها عقيب الكل (هي) لغة الاحصاء وشرعا (تربص يلزم المرأة) عند زوال النكاح او شبهته وسبب وجوبها النكاح المتأكد بالتسليم وما جرى مجراه من الخلوة والموت وشرطه الفرقة وركنها حرمات ثابتة بها وصحة الطلاق في العدة ولا يرد عليه عدة الصغيرة اذ لا لزوم في حقها ولا تربص لانها ليست هي المخاطبة بل الولي هو المخاطب بان لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة فيه بقوله يلزم المرأة لان ما يلزم الرجل من التربص عن التزوج الى مضي عدة امرأته في نكاح اختها ونحوه لا يسمى عدة اصطلاحا وان وجد معنى العدة و يجوز طلاق العدة عليه شرعا وعلى هذا ما في الكتاب معناها الاصطلاحي واما في الشرعية فهي تربص يلزم المرأة والرجل عند وجود سببه كما في البحر (عدة الحرة) المدخولة التي تحيض (للطلاق او الفسخ) او الرفع قيدنا به لان النكاح بعد تمامه لا يحتمل الفسخ عندنا فكل فرقة بغير طلاق قبل تمام النكاح كالفرقة بخيار البلوغ والفرقة بخيار العتق والفرقة لعدم الكفاءة فسخ وكل فرقة بغير طلاق بعد تمام النكاح كالفرقة بملك احد الزوجين للآخر والفرقة بتقبيل ابن الزوج ونحوه رفع كما في الاصلاح فعلى هذا لو قال عدة الحرة للفرقة لكان اخصر واشمل تأمل (ثلثة قروء اي حيض) لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ولهذا اتى بلفظ القروء ثم فسره بالحيض وقال الشافعي ومالك طهر وبه كان يقول ابن حنبل ثم رجع والدلائل بينت في الاصول فليراجع (وكذا من وطئت بشبهة) بملك النكاح كمن استأجرته فانه تجب العدة عنده خلافا لهما وكمن زفت اليه غير امرأته وهو لا يعرف او بملك اليمين كجارية ابنه وابيه وامه وامرأته وقال اظن انها تحل لي (او بسبب (نكاح فاسد) كالمتعة والموقت وبلا شهود ونكاح الاخت في عدة اختها ونكاح الخامسة في عدة الرابعة وفيه اشارة الى انه لا عدة على الموطوءة بالزنا ولا على المخلو بها بالشبهة (وفرقت) سواء بالقضاء او غيره (او مات عنها زوجها) وهما متعلقان بالموطوءة بهما لانه للتعرف فان قيل التعرف يحصل بحيضة واحدة كما في الاستبراء قلنا انما وجب الثلثة في النكاح الصحيح لجواز ان تحيض الحامل اذ هو مجتهد فيه فلا يتبين الفراغ بحيضة فقدر بالثلث ليعلم فراغ الرحم لانه عقد معتبر في الشرع والفاسد ملحق بالصحيح في حق ثبوت النسب فيقدر بالاقراء الثلثة صيانة للماء عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه كما قدر الصحيح بها والغرض من الامة قضاء الشهوة لا الولد

فلم يكن اقربهما فاكتفى باستبرائها بحيضة بخلاف ام الولد (و) كذا (ام ولد عتقت او مات مولاها) فان عدتها ايضا اذا كانت من تحيض ثلث حيض كوامل لزوال الفراش كمنكوحة بخلاف غيرها من الاماء وعند الائمة الثلثة حيضة لزوال ملك اليمين كالاستبراء هذا اذا لم تكن مزوجة او معتدة والا لايجب عليه العدة بموت المولى ولا باعتاقه (ولا تحتسب) من العدة (حيض طلقت فيه) لان ما وجد منها قبل الطلاق لايحتسب من العدة فلايحتسب ما بقي لان الحيضة لاتتجزى ولو قال حيض وقعت الفرقة فيه لكان شاملا للفسخ والرفع تدبر (فان كانت) المرأة مطلقة او مفسوخا عنها او مفروضا (لاتحيض لكبر او صغر او بلغت بالسن) اى وصلت الى خمسة عشر سنة على المفتى به (ولم تحض) فانها لو حاضت ثم ارتفع حيضها فان عدتها بالحيض الى ان تبلغ حد الاياس (فثلثة اشهر) اى فعدتها ثلثة اشهر بالايام ان وطئت حقيقة او حكما حتى يجب على مطلقة بعد الخلوة ولو فاسدة (و) عدة (الحرة) مؤمنة كانت او كافرة تحت مسلم صغيرة او كبيرة ولو غير مخلو بها (للموت في نكاح صحيح اربعة اشهر وعشرة ايام) وعن الاوزاعي ان المقدر فيه عشر ليال فيجوز لها ان يتزوج في اليوم العاشر لكن الاجود ما في الكافي ان الايام تابعة لليالي ومن الظن ترجيح قول الاوزاعي بتذكير عشر في قوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا فان المميز اذا حذف جاز تذكير العدد (وعدة الامة) التي تحيض للطلاق او الفسخ او الوطئ بشبهة او نكاح فاسد للموت او الفرقة سواء كانت قنة او مدبرة او ام ولد او مكاتبة او معتقة البعض عند الامام (حيضتان) كاملتان لقوله عليه الصلاة والسلام طلاق الامة طلقتان وعدتها حيضتان وقد تلقته الامة بالقبول فجاز تخصيص العمومات به ولان الرق منصف والحيضة لاتتجزى وكانت فصارت حيضتان (وفي الموت وعدم الحيض نصف ما للحرة) فالتي لم تحض لصغر او لكبر او بلوغ بالسن شهر ونصف والتي مات عنها زوجها شهران وخمسة ايام لقبول التنصيف فيهما (وعدة الحامل وضع الحمل مطلقا) وان كان الموضوع سقطا استبان بعض خلقه لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو باطلاقه شامل للحرة والامة المسلمة والكتابية مطلقة او متاركة في النكاح الفاسد او وطئ بشبهة والمتوفى عنها زوجها وفي البحر تفصيل فليراجع (ولو) وصلية (مات عنها) زوج (صبي) لم يبلغ اثنى عشر سنة وولدت بعد موته لاقل من ستة اشهر عند الطرفين ويجوز لها ان تتزوج قبل ان تطهر من نفاسها الا انه لايقربها قبله كما في الحيض (وعند ابي يوسف) والائمة الثلثة (ان مات عنها صبي فعدتها بالاشهر) اى بان تعتد اربعة اشهر وعشرا كحادث بعد موت الصغير لتيقن البراءة عن ماء الصغير ولهما ان العدة شرعت قضاء حق النكاح لا لبراءة الرحم وهذا المعنى متحقق في الصبي لاطلاق النص من غير فصل بين ان يكون منه او من غيره بخلاف الحمل الحادث لانه لم يثبت وجوده وقت الموت فوجبت العدة بالاشهر فلايتغير بحدوثه بعد ذلك فلذا قال (وان حملت بعد موت الصبي) بان ولدت بعد موته لستة اشهر فصاعدا على ما هو الاصح (فعدتها بالاشهر اجماعا ولانسب في الوجهين) اى فيما اذا حبلت قبل موت الصبي او بعده لان الصبي لاماء له فلايتصور العلوق وفيه اشعار بانه ثبت من غير الصبي في الوجهين الا اذا ولدت لاكثر من سنتين فيحكم بانقضائها قبل الوضع بستة اشهر كما في القهستاني وفي المنح ان الحامل من الزنا اذا تزوجت ثم مات عنها زوجها فعدتها بوضع الحمل وانما قلنا هذا لان الحامل من الزنا لاعدة عليها عند الطرفين ولهذا صححنا نكاحها لغير الزاني وان حرم الوطئ (ومن طلقت في مرض موت رجعيا كالزوجة) يعني تعتد عدة الوفاة اجماعا (وان) كان الطلاق في مرض الموت (بائنا) او ثلثا (تعتد بابعد الاجلين) اى العدتين ثلث حيض واربعة اشهر وعشرا حتى اذا ابانها ثم مات بعد شهر فتم لها اربعة اشهر وعشرة ايام من وقت

الطلاق ولم تر في هذه المدة الاحيضة واحدة فعليها حيضتان اخريان لتستكمل في المدة ثلث حيض وهذا عند الطرفين لان النكاح بقي في حق الارث فلان يبقى في حق العدة اولى لان العدة مما يحتاط فيها فيجب ابعد الاجلين (وعند ابي يوسف كالرجعي) لان النكاح انقطع بالطلاق ولزمها العدة بثلث حيض الا انه بقي اثره في الارث لا في تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه كما في عامة المعتبرات فعلى هذا قول المصنف كالرجعي سهو من قلم الناسخ والصواب ثلث حيض تأمل (ومن عتقت في عدة) طلاق (رجعي تتم) عدتهـا (كالحرة) اى انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه (وان) عتقت (في عدة بائن) اوثلث (او) في عدة (موت) تتم (فكالامة) فيهما ولم تنتقل عدتها لزوال النكاح بالبنونة والموت (وان اعتدت الآيسة) اى البالغة الى خمسة وخمسين سنة وعليه الفتوى اوخمسين سنة وبه يفتى اليوم اوستين سنة اوثلث وستين وعنه انه مفوض الى مجتهد الزمان وقدر بعض بعدم رؤية الدم مرة وقيل مرتين وقيل بثلث وقيل بستة اشهر فتنقضي العدة بعد ذلك بثلثة اشهر واليه ذهب مالك فلو قضى به قاض نفذ وكذا في ممتدة الطهر وهذا مما يجب حفظه وفي الزاهدي انه لو ارتفع حيضها تنتظر تسعة اشهر ان كان بها حبل والا اعتدت بثلثة اشهر بعدها وبه اخذ مالك ويفتى به بعض اصحابنا كما في القهستاني (بالاشهر) كما هي عادتها (ثم عاد دمها على عادتها) المعروفة من الوان الحيض (بطلت عدتها وتستأنف بالحيض) لان عودها يبطل اليأس (هو الصحيح) فيظهر انه لم يكن خلفا لان شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني فعلم من هذا التقرير ان ماوقع في عبارة صدر الشريعة من قوله قبل انقضائها كانه سهو من قلم الناسخ والصواب بعد انقضائها كما في الدرر وفيه كلام لانه قال صاحب الكفاية وغيره وكان صدر الشهيد يفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان رأته قبل تمام الاشهر وان كان بعدها فلا وفي المجتبى وهو الصحيح المختار للفتوى فعلى هذا عبارة صدر الشريعة تكون في محله لانه اختار هذا ويكون مراد تاج الشريعة من قوله بعد عدة الاشهر بعد الشروع في عدة الاشهر فلا سهو تدبر وفي البحر تفصيل فليطالع (وكذا تستأنف الصغيرة اذا حاضت في خلال الاشهر) تحرزا عن الجمع بين الاصل والبدل فلا تستأنف اذا حاضت بعد انقضاء عدتها بالاشهر (ومن اعتدت البعض) اى بعض العدة (بالحيض ثم آيست تعتد بالاشهر) وفي الاصلاح قال في المبسوط او حاضت حيضة ثم آيست اعتدت بالشهور ثلثة اشهر بعد الحيضة لان اكمال الاصل في البدل غير ممكن فلابد من الاستيناف ولا مجال لاحتساب وقت الحيضة من العدة من حيث انه وقت لان الاعتداد بالاشهر للآيسة وهي ليست بآيسة وقتئذ (واذا وطئت المعتدة) للطلاق والفسخ وغيرهما (بشبهة) من قبل الزوج او الاجنبي (وجبت عليها عدة اخرى) للوطئ لتجدد السبب وفيه اشارة الى انه لو وطئها مبتوته مقرا بالطلاق لم تستأنف العدة وان لم يقر به تستأنف كما في القهستاني (وتداخلتا) اى تشارك العدتان في دخول بعض من كل منهما في الآخر وكان السبب الاول والثاني وقعا معا في الوقت الثاني فتعتد منه (وماتراه) المرأة من الحيض بعد الوطئ بشبهة (تحتسب منهما) اى من العدتين جميعا (وتتم) العدة (الثانية ان تمت) العدة (الاولى قبل تمامهـا) فلو وطئت قبل حدوث الحيض كان مارأت من الحيض الثلث محسوبة عنهما فتنوب عن ست حيض وان وطئت بعد حيضة فهي من العدة الاولى وحيضتان بعدها تحسبان من العدتين وعليها حيضة اخرى للعدة الثانية ولا نفقة فيها لانها عدة الوطئ لا عدة النكاح وان وطئت بشبهة في عدة الوفات تعتد بالاشهر وتحتسب ماتراه من الحيض فيها من العدة الثانية تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وهذا عندنا لان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان يعني ان المقصود الاصلي تعرف الفراغ

﴿وان﴾

وان حصل بالحيضة لكن عدم الاكتفاء لان الواحدة للتعريف والثانية لحرمة النكاح والثالثة لفضيلة الحرمة ولو اكتفى بالواحدة لم تحصل هذه المقاصد فلا يرد نظر العناية بانه لو جاز التداخل لجاز التداخل فى اوان عدة واحدة لحصول المقصود وبقى ضرر تطويل العدة عنها تدبر وقال الشافعى لا تتداخلان ومحل الخلاف العدتان من رجلين اذ لو كانا من واحد تنقضيان بمدة واحدة فى احد قوليه وفى قوله الآخر لا تجب العدة بالسبب الثانى اصلا فلا يتصور الخلاف كما فى الاصلاح (وابتداء العدة فى الطلاق والموت عقيبهما) لاطلاق النص وما وقع فى بعض الشروح من ان كلا منهما سبب فيعتبر المسبب من حين وجوب السبب ضعيف لان السبب نكاح متأكد بالدخول وما يقوم مقامه كما فى اكثر المعتبرات تدبر (وان) وصلية (لم تعلم) المرأة (بهما) اى الطلاق والموت حتى ان الزوج اذا كان غائبا عنها وبلغها خبر تطليقه اياها بعد ما رأت ثلث حيض او موته بعد مضى اربعة اشهر وعشر كانت عدتها منقضية وفى الغاية اذا اتاها خبر موت زوجها وشكت فى وقت الموت تعتد من الوقت الذى تستيقن فيه بموته لان العدة يؤخذ فيها بالاحتياط (و) ابتداء العدة (فى النكاح الفاسد عقيب التفريق) من القاضى بينهما (او) اظهار (العزم) من الزوج (على ترك الوطئ) بان يقول تركتك او خليت سبيلك او نحو ذلك لا بمجرد العزم وقال زفر من آخر الوطئات حتى لو حاضت بعد الوطئ قبل التفريق ثلث حيض انقضت اذ المؤثر فى ايجابها الوطئ لا العقد ولنا ان السبب العدة شبهة النكاح ورفع هذه بالتفريق الا يرى انه لو وطئها قبل المتاركة لا يحد وبعده يحد كما فى التبيين (ومن قالت انقضت عدتى بالحيض) وكذبها الزوج فى اخبارها بانقضاء العدة (فالقول لها مع اليمين) لانها امينة فيما تخبر فالقول قول الامين مع اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة او هلاكها (ان مضى عليها ستون يوما) عند الامام كل حيض عشرة وكل طهر خمسة عشر هو المختار كما فى الخانية (وعندهما ان مضى تسعة وثلثون يوما وثلاث ساعات) كل حيض ثلثة وكل طهر خمسة عشر (وان نكح معتدته من) طلاق (باين ثم طلقها قبل الدخول لزم مهر كامل وعدة مستأنفة) عند الشيخين لانها مقبوضة فى يده بالوطئة الاولى لبقاء اثره وهو العدة فاذا عقد عليها ثانيا ناب ذلك عن القبض الثانى كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو فى يده يصير قابضا بمجرد العقد فيكون طلاقا بعد الدخول (وعند محمد) يجب (نصف مهر واتمام) العدة (الاولى) وهو قول الشافعى ورواية عن احمد وقال زفر لها نصف المهر او المتعة ولا عدة عليها لزفر وهو القياس ان العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب العدة بعد الطلاق الثانى لا كمال المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير ان اكمال العدة وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج لبقاء اثره وهو العدة فاذا عقد عليها ثانيا ناب القبض الاول عن القبض المحقق بالثانى هذا اذا كان النكاح الثانى صحيحا اما لو كان فاسدا فلا يجب عليه المهر ولا استقبال العدة عليها ويجب عليها اتمام العدة الاولى بالاجماع ولو كان على القلب بان كان الاول فاسدا والثانى صحيحا فهو كما كان صحيحا (ولا عدة فى طلاق قبل الدخول) لقوله تعالى فما لكم عليهن من عدة تعتدونها (ولا) عدة (على ذمية) اى كتابية (طلقها) او مات عنها (ذمى) عند الامام اذا اعتقدوا عدم وجوب الاعتداد لانا امرنا ان نتركهم وما يعتقدون وعنه انه لا يطأ حتى تستبرئ بحيضة وعنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء وانما قال ذمى لانه لو طلقها مسلم فعليها العدة (او حربية خرجت الينا مسلمة) او ذمية او مستأمنة ثم اسلمت او صارت ذمية (خلافا لهما) اى قالا عليها العدة فى المسئلتين فالاختلاف فى الذمية مبنى على ان الكفار غير مخاطبين بالاحكام عنده ومخاطبون عندهما واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر نحو الموت ومطاوعة ابن الزوج وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى ولا جناح عليكم

ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعنه جواز نكاح الحربية ولا يطأ حتى تضع الحمل وهو اختيار الكرخي والاول اصح كما في الهداية

﴿فصل﴾ في الاحداد

(تحد) اي تتأسف وجوبا على فوت نعمة النكاح من احدت الزوجة احدادا فهي محدة ومن بعد بالضم او الكسر حدادا فهي حادة اي امتنعت من الزينة بعد وفات زوجها كما في الصحاح (معتدة البائن) بالطلاق او الخلع او الايلاء او اللعان او بفرقة اخرى فلا يجب على المطلقة قبل الدخول والمطلقة الرجعية بل يستحب لها الطلاق الرجعي التزين لترغيب الزوج (و) معتدة (الموت ان كانت مكلفة مسلمة) حرة او امة فلا يجب على المجنونة والصغيرة والكتابية لانها عبادة فلا تجب الا على من يخاطب بها وقال محمد لا يحل الاحداد على غير الزوج كالولد والابوين وسائر الاقارب قيل اراد بذلك فيما زاد على الثلث لما في الحديث من اباحته للمسلمات على غير ازواجهن ثلثة ايام وعند الائمة الثلثة الاحداد في الموت فقط ولو صغيرة او كافرة تحت مسلم (بترك الزينة) ظرف تحد والزينة ما تزينت به المرأة من حلي او كحل كما في الكشاف فقد استدرك ما بعده كما في القهستاني (و) ترك (لبس) الثوب (المزعفر والمعصفر) اي المصبوغ بالزعفران والعصفر بالضم اذ يفوح منهما رائحة الطيب هذا اذا كان الثوب جديدا يقع به الزينة اما اذا كان خلقا لا تحصل به الزينة فلا بأس بلبسه (و) ترك (الطيب) اي استعماله في البدن والثوب بانواعه واو للعبارة (والدهن) مطلقا ولو غير مطيب والدهن بالفتح مصدر من دهن يدهن وبالضم الاسم (والكحل) بالضم والفتح اي الاكتحال به (والحناء) اي الاختضاب به (الا من عذر) متعلق بالجميع اي بان كانت فقيرة لا تجد الا هذه الاثواب او لها حكة او مرض او قمل فتلبس الحرير لاجلها او اشتكت رأسها او عينها او اعتادت الدهن او اكتحلت للمعالجة ولا تمتشط بمشط اسنانه ضيقة لانه لتحسين الشعر لا لدفع الاذى بخلاف الواسعة وعند الائمة الثلثة تمتشط به (لا) تحد (معتدة العتق) بان اعتق ام ولده او مات عنها (و) لا معتدة (النكاح الفاسد) ولا في عدة الموطوءة بشبهة لان الحداد لاظهار التأسف على فوات نعمة النكاح ولم يفتها ذلك (ولا تخطب) بالضم من خطب المرأة في النكاح خطبة بالكسر لا من خطب على المنبر خطبة بالضم (المعتدة ولا بأس بالتعريض) وهو ان يذكر شيئا يدل على شيء لم يذكره وهو ههنا ان يقول انك لجميلة وانك لصالحة ومن غرضي ان اتزوج ونحو ذلك مما يدل على ارادة التزوج ولا يجوز التصريح مثل ان يقول اني اريد ان انكحك هذا في معتدة الوفات واما في معتدة الطلاق فلا يجوز التعريض سواء كان رجعيا او بائنا اما الرجعي فلان الزوجية قائمة واما في المبتوتة فلان تعريضها يورث العداوة بينها وبين الزوج وكذا بينه وبين الخاطب كما في التبيين فعلى هذا لو قيد المصنف بمعتدة الوفات لكان اولى تدبر (ولا تخرج معتدة الطلاق) رجعيا او بائنا (من بيتها اصلا) يعني لا ليلا ولا نهارا (ومعتدة الموت تخرج نهارا وبعض الليل) اذ نفقتها عليها فتضطر الى الخروج لاصلاح معاشها وربما امتد ذلك الى الليل والمطلقة ليست كذلك لان نفقتها على الزوج فلا حاجة لها الى الخروج حتى لو اختلعت من نفقتها يباح لها الخروج في رواية لضرورة معاشها وقيل لا وهو الاصح لانها هي التي اختارت اسقاط نفقتها فلا يؤثر في ابطال حق واجب عليها (ولا تبيت في غير منزلها) اذ لا ضرورة (والامة) المعتدة (تخرج في حاجة المولى) في العدتين لوجوب خدمتها عليه وان كان المولى بوأها لم تخرج ما دامت على ذلك الا ان يخرجها المولى كما في الاختيار (وتعتد) المعتدة (في منزل يضاف اليها) بالسكنى (وقت) وقوع (الفرقة او الموت) لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن واضافة البيوت اليهن لاختصاصهن بها من حيث السكنى حتى لو طلقت غائبة عادت الى منزلها فورا وتبيت في اي بيت شاءت الا ان تكون

في الدار منازل لغيره فلا تخرج الى تلك المنازل ولا الى صحن دار فيها منازل لانه حينئذ بمنزلة السكة (الا ان تخرج جبرا) بان كان المنزل عارية اومؤجرا مشاهرا واما ان كان مدة طويلة فلا تخرج (او خافت على مالها) في ذلك المنزل من السارق اوغيره (او) خافت (انهدام المنزل) وفيه اشعار بانه ان خافت بالقلب من امر الميت خوفا شديدا فلها ان تخرج كما في الخانية (اولم تقدر) المرأة (على كرائه) ونحو ذلك من انواع الضرورات (ولا بأس بكينونتهما) اى الزوجين (معا بمنزل واحد (وان) وصلية (كان الطلاق بائنا اذا كان بينهما سترة) اى ستروحجاب تحرزا عن الخلوة بالاجنبية (الا ان يكون) الزوج (فاسقا) يخاف منه (فان كان فاسقا او البيت ضيقا خرجت) لانه عذر (والاولى خروجه) اى الزوج الى منزل آخر لان مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب واجب (وان جعل بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة) وعلى منع الوطئ (فحسن) عملا بالواجب بقدر الامكان (ولو ابانها اومات عنها) زوجها (في سفر) سواء كانت مصرا اومفازة بقرينة قوله وان كان ذلك في المصر وانما قيد بالابانة لان في الرجعي لم تفارقه لان الزوجية قائمة بينهما (و) الحال ان (بينها وبين مصرها) الذي خرجت منه (اقل من مدته) اى مدت السفر فعلى هذا يلزم التأويل في قوله في سفر بان قصده والا لما صح هذا تدبر (رجعت) الى مصرها مطلقا لانه ليس بابتداء الخروج بل هو بناء (وان كانت) بينها وبين مصرها (مسافة) اى السفر (من كل جانب تخيرت) بين الرجوع الى مصرها وبين التوجه الى مقصدها سواء كان (معها ولى) اى محرم (اولا) في الصورتين لان ذلك المكان اخوف من السفر (والعود احمد) لتعتد في منزلها وفيه اشارة الى انه لو ابانها اومات عنها في سفر فان كان بعدها عن مصرها الذي نشأت منه اوعن مقصدها مسيرة سفر وعن الآخر اقل من مسيرة سفر تتوجه المرأة الى الآخر الاقل مصرا كان اومقصدا كما في الشمني (وان كان ذلك) اى الطلاق اوالموت (في مصر) من الامصار الواقعة في الطريق والمراد موضع الاقامة ولو قرية وبعدها عن كل من المصر والمقصد مسيرة سفر بقرينة قوله ثم تخرج ان كان لها محرم لان الخروج الى مادون السفر يجوز بلا محرم (لا تخرج منه مالم تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم) عند الامام لكن لو كان ذلك في المفازة صارت الى ادنى البقاع الامنة ليها (وقالا ان كان معها محرم جاز الخروج قبل الاعتداد) لان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان لمرأة ان تخرج الى مادون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى

﴿باب ثبوت النسب﴾

لما كان من آثار الحمل ذكره عقيب العدة (اقل مدة الحمل ستة اشهر) لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال الله تعالى وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر (واكثرها) كثيرا (سنتان) وغالبها تسعة اشهر وعند الائمة الثلثة اربع سنين وعن مالك وعباد خمس سنين وعنه وربيعة سبع سنين وعن الزهري ست سنين وتمسكوا في ذلك بحكايات منها ما روى ان عبد العزيز الماجشوني ولدته امه لاربع سنين وهذه عادة معروفة في نساء ماجشون انهن تلدن لاربع سنين وروى ان الضحاك ولدته امه لاربع سنين بعد ما نبتت ثناياه وهو يضحك فسمي ضحاكا وكذا هرم بن حيان ومحمد بن عبد الله وغيرهم وانا اقول عائشة الصديقة رضي الله تعالى عنها الولد لايبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل اى بقدر ظل مغزل وفي رواية ولو بفلكة مغزل اى بقدر دوران فلكة مغزل وظل المغزل مثل لقلته لان ظله حال الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لايهتدى الى المقادير والحكايات محتملة للغلط لان عادة المرأة انها تحسب مدة الحمل من انقطاع الحيض والانقطاع كما يكون بالحبل يكون بعذر آخر

فجاز ان ينقطع الدم بالمرض سنتين ثم جبلت فبقي الى سنتين (ومن قال ان نكحت فلانة فهي طالق فنكحها فولدت لستة اشهر منذ نكحها لزمه) اى الزوج (نسبه) اى نسب الولد (ومهرها) لانه لايبعد ان الزوج والزوجة وكلا بالنكاح والوكيلان نكحها في ليلة معينة والزوج وطئها في تلك الليلة ووجد العلوق ولايعلم ان النكاح مقدم على العلوق ام مؤخر فلابد من الحمل على المقارنة على ان الزوج ان علم انه لم يكن على هذه الصفة وانه لم يطأها في تلك الليلة فهو قادر على اللعان فلما لم ينف الولد باللعان فليس علينا نفيه عن الفراش مع تحقق الامكان كما في صدر الشريعة والمنح لكن فيه كلام لانه لالعان بنفي الحمل قبل وضعه عند الامام ولايمكن الحمل الى قولهما لان عندهما يلاعن ان اتت به لاقل من ستة اشهر كما في اللعان وما نحن فيه ان اتت لستة اشهر وكذا بعد الوضع لان الزوجية شرط في اللعان وبعده لايبقى اثر النكاح فكيف يقدر على النفي تدبر (واذا اقرت المطلقة بانقضاء العدة) اطلقه فشمل اية معتدة كانت كما في شرح الجامع الصغير نقلا عن الامام فخر الاسلام وغيره لكن في العناية ذكر المرغيناني وقاضيخان ان الآيسة لو اقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يثبت النسب فلم يتناول كل معتدة تتبع (ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار) كما في عامة المعتبرات فعلى هذا ما وقع في اكثر نسخ صدر الشريعة من وقت الطلاق سهو من قلم الناسخ تدبر (ثبت نسبه) لظهور كذبها بيقين هذا اذا جاءت لاقل من سنتين من وقت الفراق وان جاءت به لاكثر منهما لايثبت وان كان لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار وتمامه في التبيين فليطالع (وان) كان ولدت (لستة اشهر) من وقت الاقرار (لا) يثبت نسبه منه وقال الشافعي يثبت لان حمل امرها على الصلاح ممكن فوجب الحمل عليه وفي ضده حمله على الزنا وهو منتف عن المسلم ولان فيه ضرر على الولد بابطال حقه في النسب فيرد اقرارها ولنا ان المرأة امينة في الاخبار عما في رحمها كما اذا اقرت بانقضاء عدتها فوجب قبول خبرها حملا لكلامها على الصحة ولايلزم من قطعه عنه ان يكون من الزنا لانه يحتمل انها تزوجت (وان لم تقر) المطلقة بانقضاء عدتها (يثبت) النسب (ان ولدت لاقل من سنتين) بلا دعوة لاحتمال كون الولد قائما وقت الطلاق فلايتيقن بزوال الفراش و يثبت النسب احتياطا (وان) ولدت (لسنتين او اكثر لا) يثبت النسب لحدوث الحمل بعد الطلاق يقينا وفيه ابحاث قررها يعقوب باشا لحاشيته فليطالع (الا في) الطلاق (الرجعي ويكون) الولد (رجعة) يعني اذا جاءت به لاكثر من سنتين كان مراجعا مالم تقر بانقضاء العدة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه وان وطئها في العدة حملا لحالهما على الاحسن والاصلح فان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة بوضع الحمل ويثبت النسب لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولايصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق وبعده فلايصير مراجعا بالشك وفيه كلام قرره يعقوب باشا لحاشيته فلينظر (بخلاف البائن) وانما ذكره مكررا مع انه علم من قوله وان لسنتين او اكثر لا توطئة لقوله (الا ان يدعيه) اى الزوج نسبه (فيثبت) النسب (فيه) اى في البائن اذا ولدت لسنتين او اكثر (ايضا) اى كما يثبت في الرجعي (ويحمل على الوطئ بشبهة) بيانه انه التزم النسب بدعوته له وفيه وجه شرعي بان وطئها بشبهة (في العدة) والنسب يحتاط في اثباته فيثبت وقال الزيلعي وهكذا ذكروه وفيه نظر لان المبتوتة بالثلث اذا وطئها الزوج بشبهة كان شبهة في الفعل وفيها لايثبت النسب وان ادعاه فكيف اثبت به النسب هنا انتهى وفيه بحث لانه يمكن التوجيه بان المراد من هذا وجوده في بعض المواد لا في الكل فان في معتدة الكنايات ان ادعى الزوج ولادته ثبت نسبه منه تدبر وفي النهاية ان الزوج اذا ادعاه هل يشترط فيه تصديق المرأة فيه روايتان انتهى لكن الاوجه انه لايشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولامعارض له وكذا في المعتدة من غير طلاق من اسباب الفرقة (وان كانت المبانة مراهقة) وكان قد دخل بها ولم تقر بانقضاء عدتها وتعبير المصنف

بالمراهقة اولى من تعبير كثير بالصغيرة لان المراهقة هى التى تلد لاماذ ونهـا تدبر (فان اتت به) اى
بالولد (لاقل من تسعة اشهر) منذ طلقها بائنا كان او رجعيا عند الطرفين لان العلوق حينئذ
يكون فى العدة (ثبت) نسبه (والا) اى وان لم تأت به لاقل من تسعة اشهر بل اتت به لتمامها
(فلا) يثبت لانقضاء عدتها بالاشهر شرعا فاذا ثبت فى الاقرار المحتمل ففيما لا يحتمل اولى وهذا
اذا لم تدع الحبل فان ادعت فهى كالكبيرة فى حق ثبوت النسب فيثبت فى البائن لاقل من سنتين
وفى الرجعى لاقل من سبعة وعشرين شهرا وقيدنا بكونه دخل بها لانه لو لم يدخل بها وجاءت بولد
فان كان لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه وان جاءت به لاكثر لا يثبت لحصول العلوق
وهى اجنبية كما فى الغاية وقيدنا بكونها لم تقر بانقضائها لانها لو اقرت بعد ثلثة اشهر ولم تدع الحبل
ثم جاءت بولد فان كان لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت وان جاءت لستة اشهر لا لانقضاء
العدة ومجئ الولد بمدة حبل تام كما فى البحر فعلى هذا ظهر ان المصنف اخل بهذه القيود وهى مما لا ينبغى
الاخلال بها تدبر واما ما فى البدايع من انه قال اذا لم تقر بانقضاء عدتها فان جاءت لاقل من ستة
اشهر من وقت الطلاق يثبت النسب وان جاءت به لستة لا يثبت غلط والصواب ابدال الستة بالتسعة
تأمل (وعند ابى يوسف يثبت) النسب (فيما دون سنتين) وفى الاصلاح اما اذا لم تقر بشئ
فعنده سكوتها واقرارها بالحبل حيث لم تقر بانقضاء العدة بمضى ثلثة اشهر والبلوغ قد يكون بالحبل
فتعين فيثبت فى البائن الى سنتين وفى الرجعى الى سبعة وعشرين (ومن مات عنها) زوجها
يثبت نسب ولدها من المتوفى (ان اتت به لاقل من سنتين) وقال زفر اذا ولدته لتمام عشرة اشهر
وعشرة ايام من حين مات لا يثبت النسب منـه (وان كانت) التى مات زوجهـا (مراهقة فلاقل
من عشرة اشهر وعشرة ايام) فساعة لان عدة الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام وادنى مدة الحمل ستة
شهر فاذا اتت به لاقل من هذه المدة تيقنا ان العلوق فى العدة وفى الغاية وعند ابى يوسف ان جاءت
بالولد لاقل من سنتين من وقت وفات الزوج يثبت النسب والا فلا لان سكوتها بمنزلة الاقرار بالحبل
عنده واما عندهما فسكوتها بمنزلة الاقرار بانقضاء العدة وهى الاشهر لان عدتها ذات جهة واحدة
لانها لا تحتمل الحبل لصغرها (والا) اى وان لم تأت به لاقل من سنتين فى الكبيرة بل لسنتين او اكثر
ولم تأت به لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام فى المراهقة بل اتت به لعشرة اشهر وعشرة ايام او اكثر
(فلا) يثبت النسب (ولا يثبت ولادة المعتدة) مطلقا عند الانكار (الا بشهادة رجلين او رجـل
وامرأتين) عند الامام لان الالزام على الغير لا يجوز الا بحجة تامة ثم قيل تقبل شهـادة الرجلين
ولا يفسقان بالنظر الى العورة اما لكونه قد يتفق من غير قصد نظر ولا تعمدا وللضرورة كما فى تحمل
شهادة الزنا (وعندهما يكفى شهادة امرأة واحدة) وفسر فى الكافى بالقابلة لان الفراش قائم بقيام
العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد فيه فيتعين بشهادتها وقال فخر الاسلام لابد ان تكون
المرأة مسلمة حرة عدلة (وان كان بها حبل ظاهر او اعترف الزوج به) اى الحبل (يثبت) الولادة
(بمجرد قولها) عنده لثبوت النسب قبل الولادة ببقاء الفراش فلا احتياج الى الشهادة (وعندهما
لابد من شهادة امرأة) وفى شرح المجمع وغيره واما شهادة القابلة فلابد منه لتعيين الولد اتفاقا لاحتمال
ان يكون الولد غير هذا المعين وانما الخلاف فى ثبوت نفس الولادة بقول المعتدة فعنده تثبت اذا تأيد
بمؤيد من ظهور حبل او اعتراف وعندهما يثبت بشهادة القابلة (وان ادعتهـا) اى الولادة
(بعد موته) اى الزوج (لاقل من سنتين فصدقها الورثة صح فى حق الارث والنسب) اى يثبت
نسب ولد المعتدة عن وفات بتصديق الورثة كلهم او بعضهم اما فى حق الارث فظاهر لانه خالص
حقهم ويثبت فى حق غيرهم ايضا استحسانا لانهم قائمون مقام الميت فيقبل قولهم وهذا لان
ثبوت نسبه باعتبار فراشه فى الحقيقة وهو باق بعد موته لبقاء العدة فيقبل قولهم ويثبت فى حق

غيرهم ايضا اذا كانوا من اهل الشهادة بان كان فيهم رجلان او رجل وامرأتان عدول فيشاركه
المصدقين والمكذبين جميعا وهل يشترط لفظ الشهادة لثبوت النسب في حق غيرهم الصحيح عدم
اشتراطه كما في اكثر المعتبرات ولهذا اشترط المصنف التصديق دون لفظ الشهادة فقال (وهو المختار)
لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم والتبع يراعى فيه شرائط المتبوع لا شرائط نفسه
على ما عرف في موضعه فبهذا التقرير اندفع ما في الفرائد من انه قال لفظ هو المختار ليس في محله
تدبر (ومن نكح) امرأة (فاتت بولد لستة اشهر فصاعدا) من وقت تزوجها (ثبت) نسبه
(منه ان اقر بالولادة او سكت) لان الفراش قائم والمدة تامة (وان جحد) الولادة حال قيام النكاح
(فبشهادة) اى فيثبت بشهادة (امرأة) واحدة عدلة (فان نفاه) اى الزوج (لاعن)
ولا يعترض بان اللعان لزم بشهادة الواحدة لانا نقول النسب ثبت بالنكاح القائم واللعان انما لزم
بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولد من حيث هو (وان) اتت به (لاقل من ستة اشهر)
منذ تزوجها (لا يثبت) النسب منه لسبق العلوق على العقد (فان ادعت نكاحها منذ ستة اشهر
وادعى) الزوج (الاقل فالقول لها مع اليمين) لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح
لا من سفاح ويجب ان يستحلف عندهما (وعند الامام بلا يمين) والفتوى على قولهما
في الاشياء الستة (وان علق طلاقها بالولادة) اى قال الزوج لامرأته اذا ولدت فانت طالق وقالت
ولدت (فشهدت بها) اى بالولادة (امرأة) قابلة عدلة (لا تطلق) عند الامام (خلافا لهما)
لان شهادتها حجة فيما لا يطلع عليه الرجال ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو
الطلاق وله انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتها ضرورية في الولادة
فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وعند الشافعي تطلق بشهادة اربع نسوة وعند
مالك بامرأتين وعند احمد بامرأة بناء على الاصول المقررة عندهم (وان اعترف) الزوج
(بالحبل) سواء قبل التعليق او بعده (تطلق بمجرد قولها) عند الامام لان اقراره به اقرار
بما يفضي اليه وهي مؤتمنة كما في التعليق بالحيض (وعندهما لا بد من شهادة امرأة) فلا يقع
بدونها لدعواها الحنث فلا بد من حجة وشهادتها حجة (ومن نكح امة فطلقها) بعد الدخول طلقة
واحدة بائنة او رجعية (فاشتراها فولدت لاقل من ستة اشهر منذ شراها لزمه) الولد سواء اقر به
او نفاه لان العلوق سابق على الشراء (والا) اى وان لم تلد لاقل بل ولدت لتمامها او اكثر (فلا)
لانه ولد المملوكة اذ الحادث يضاف الى اقرب وقته فلا بد من دعوته قيدنا بالدخول لانه لو كان قبل
الدخول فان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت الطلاق لا يلزمه وان كان لاقل منه لزمه اذا ولدته
لتمام ستة اشهر او اكثر من وقت العقد وان كان لاقل لا يلزمه كما في التبيين وقيدنا بالواحدة لانه اذا كان
ثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق للحرمة الغليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله
لانها لا تحل بالشراء (ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني) فقالت ولدت (فشهدت امرأة)
عدلة (بالولادة فهي ام ولده) هذا اذا ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت مقالته والا فلا لاحتمال
انه بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول لتيقننا بقيامه في البطن بعد
القول فتيقنا بالدعوى وقيد في التعليق لانه لو قال هذه حامل مني يلزمه الولد وان جاءت به لاكثر
من ستة اشهر الى سنتين حتى ينفيه كما في البحر (ومن قال الغلام هو ابني ومات) القائل (فقالت امه)
اى ام الغلام (انا امرأته) اى الميت (وهو ابنه يرثانه) بالبنوة والزوجية اذا كانت معروفة بالحرية
والاسلام وبكونها ام الغلام لان النكاح هو المتعين لذلك وضعا وعادة (فان جهلت حريتها
وقالت الورثة انت ام ولده فلا ميراث لها) لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق
لا في استحقاق الارث وقالوا لها مهر المثل لان الوارث اقر بالدخول عليها ولم يثبت كونها ام ولد

وفي التنوير زوج امته من عبده فجاءت بولد فادعاه المولى لم يثبت نسبه وعتق الولد وتصير الامة ام ولده

﴿ باب الحضانة ﴾

بالكسر لغة مصدر حضن الصبي اى رباه وشرعا تربية الام او غيرها الصغير او الصغيرة (الام احق بحضانة ولدها قبل الفرقة و بعدها) لاجماع الامة ولانها اشفق من غيرها ان كانت اهلا فلا حضانة لمرتدة لانها تحبس وتجبر على الاسلام الا اذا تابت فهى احق به ولا للفاسقة كما فى الفتح وغيره لكن فى البحر وينبغى ان يراد بالفسق هنا الزنا لاشتغال الام عن الولد بالخروج من المنزل لا مطلقه وفى القنية الام احق وان كانت سيئة السيرة معروفة بالفجور ما لم يعقل ذلك (ثم) اى بعد الام بان ماتت او لم تقبل او تزوجت بغير محرم او ليست اهلا (امها) اى ام الام (وان علت) لان هذه الولاية مستفادة من قبل الامهات فكانت التى هى من قبلها اولى وعن ابى يوسف ان ام الاب اولى (ثم ام الاب) وان علت فهى مقدمة على الاخوات والخالات لانها ام ولها قرابة الولادة وهى اشفق فكانت اولى ولهذا تحرز ميراث الام السدس كما فى اكثر الكتب لكن ميراث الام انما يكون هو السدس اذا كان معها ولد او ولد الابن او الاثنان من الاخوة والاخوات وعند عدمهم ثلث الجميع او ثلث ما بقى بعد فرض احد الزوجين وللجدة السدس عند عدمهم ايضا والتنظير مطلقا ليس فى محله تدبر وقال زفر الاخت لاب وام او لام او الخالة احق من ام الاب (ثم الاخت الولد لابوين ثم لام ثم لاب) لانهن بنات الابوين فكن اولى من بنات الاجداد فتقدم الاخت لابوين ثم الاخت لام وعند زفر هما يشتركان لاستوائهما فيما يعتبر وهو الادلاء بالام وجهة الاب لا مدخل له فيه ونحن نقول يصلح للترجيح وان كان قرابة الاب لا مدخل لها فيه ثم الاخت لاب وفى رواية تقدم الخالة عليها و بنات الاخت لاب وام او لام اولى من الخالات واختلفت الروايات فى بنات الاخت لاب والصحيح ان الخالة اولى منهن (ثم خالته كذلك) اى خالته لاب وام ثم لام ثم لاب لان قرابة الام ارجح والخالة هى اخت الصغيرة لا مطلق الخالة لان خالة الام مؤخرة عن عمة الصغيرة وكذا خالة الاب (ثم عمته كذلك) اى عمته لاب وام ثم لام ثم لاب ولم يذكر المصنف بعد العمات احدا من النساء والمذكور فى الفتح وغيره ان بعد العمات خالة الام لاب وام ثم لام ثم لاب ثم بعدهن خالة الاب لاب وام ثم لام ثم لاب ثم بعدهن عمات الامهات والآباء على هذا الترتيب (و بنات الاخت اولى من بنات الاخ وهن) اى بنات الاخ (اولى من العمات) وفى اكثر المعتبرات واما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمعزل عن الحضانة لانهن غير محرم وبهذا ظهر ان ما فى القهستانى من انه قال ثم بنت خالته كذلك ثم بنت عمته كذلك ضعيف تتبع (ومن نكحت غير محرمه) اى غير محرم الولد ممن لها حق الحضانة (سقط حقها) بالاجماع وينتقل الى من بعدها لقوله عليه الصلاة والسلام انت احق به ما لم تتزوجى ولان الاجنبى ينظر اليه شزرا اى نظر البغض ويعطيه نزرا اى قليلا ولهذا قال فى القنية ولو تزوجت الام بزوج آخر وتمسك الصغير معها ام الام فى بيت الاب فللاب ان يأخذه منها فعلى هذا تسقط الحضانة اما بتزوج غير المحرم او بسكناها عند المبغض له كما فى البحر فاذا اجتمع النساء الساقطات الحق يضع القاضى الصغير حيث شاء منهن كما فى المحيط (لا) يسقط حق (من نكحت محرمه) اى محرم الولد (كام) الصغير (نكحت عمه) اى الصغير (و) مثل (جدة) ام الام او الاب (نكحت جده) اى اب الصغير او اب امه لانتفاء الضرر بقيام القرابة (ويعود الحق) اى حق الحضانة اليها (بزوال نكاح سقط) ذلك الحق (به) اى بذلك النكاح والاحسن بزواله هذا فى الطلاق البائن اما فى الرجعى فلا يعود حقها حتى تنقضى عدتها لقيام الزوجية فقولهم سقط حقها معناه منع مانع منه لانه من زوال المانع لا من عود الساقط كالناشزة لا نفقة لها ثم تعود بالعود الى منزل الزوج كما فى البحر (والقول قولها فى نفى الزوج) لانها تنكر بطلان حقها فى الحضانة هذا ان ادعى الزوج ان الام تزوجت باخر وانكرت اما ان اقرت وادعت طلاقه فان ابهمت الزوج

فالقول لها وان عيلت لايقبل قولها فى دعوى الطلاق حتى يقربه الزوج (ويكون الغلام عندهن
حتى يستغنى عنها بان يأكل) وحده (ويشرب) وحده (ويلبس) وحده (ويستنجى) اى
يمكنه ان يفتح سراويله عند الاستنجاء ويقدر على الطهارة ويشده بعده (وحده) حال او ظرف
(وقدر بتسع اوسبع) اى قدر مدة الاستغناء ابو بكر الرازى بتسع سنين و الخصاف بسبع سنين
وعليه الفتوى كما فى اكثر الكتب اعتبارا للغالب وفى الخانية ان اختلفا فى سنه لايحلف القاضى واحدا
منهما بل ينظر ان وجده مستغنيا كما مر يدفعه الى الاب لانه اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق
باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على ذلك (ثم يجبر الاب) اوالوصى او الولى (على اخذه)
لان الصيانة عليه (و) تكون (الجارية عند الام اوالجدة حتى تحيض) عند الشيخين لانهما
بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين
والحفظ والاب فيه اقدر (وعند محمد حتى تشتهى) الحاجة الى الحفظ وفى شرح نفقات الخصاف
الجارية تكون عند امها حتى تحيض عند الطرفين وعند ابى يوسف حتى تشتهى و هكذا روى
عن محمد فتبين ان فى المسئلة روايتين (كما) تكون (عند غيرهما) اى الام والجدة ممن يستحق
الحضانة فانها تترك عندهن حتى تشتهى وقيل حتى تستغنى واذا استغنى الولد عند واحدة منهن
فالاولى اقربهم تعصيبا فالاب ثم الجد الاقرب فالاقرب (وبه) اى بقول محمد (يفتى لفساد الزمان)
كما فى اكثر المعتبرات وفى البحر ان الفتوى على خلاف ظاهر الرواية فقد صرح فى التجنيس بان ظاهر
الرواية انها احق بها حتى تحيض واختلف فى حد الشهوة فقدره ابو الليث تسع سنين وعليه الفتوى
كما فى التبيين وفيه اشارة الى انها لوتزوجت قبل ان تبلغ لاتسقط حضانتها كما فى البحر (ومن لها
حق (الحضانة لاتجبر عليها) ان ابت لاحتمال ان تعجز عن الحضانة الا اذا تعينت بان لايأخذ الولد ثدى
غيرها اولايكون له ذورحم محرم سواها فتجبر على الحضانة اذ الاجنبية لاشفقة لها عليه كما فى الدرر
وفى المنح تفصيل فليطالع وفى التنوير ولاتقدر الحاضنة على ابطال حق الصغير فى الحضانة
فلو اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل وتستحق الحاضنة اجرة
الحضانة اذا لم تكن منكوحة ولامعتدة لابيه وتلك الاجرة غير اجرة ارضاعه كما فى البحر (فان لم تكن)
اى ان لم توجد (امرأة) مستحقة للحضانة (فالحق للعصبات على ترتيبهم) فى الارث فيقدم
الاب ثم الجد ثم الاخ لاب وام ثم لاب ثم بنوه كذلك ثم العم ثم بنوه (لكن لاتدفع صبية الى عصبة غير محرم
كابن العم ومولى العتاقة) تحرزا عن الفتنة وفيه اشارة الى انه يدفع الغلام الى ابن العم فيبدأ بابن العم
لاب وام ثم لاب والا انعدم الدفع اذا كانت الصغيرة تشتهى وكان غير مأمون اما اذا كانت لاتشتهى
كبنت سنة مثلا اوتشتهى وكان مأمونا فلا منع كما فى البحر (ولا) تدفع (الى فاسق ماجن) اى شخص
لايبالى بما صنع وبما قيل له ولوكان الفاسق محرما لكونه غير مؤتمن على نفسه فضلا عن الصبية وفيه
اشارة الى ان الصبى يدفع لكن فى التسهيل ولايدفع الى محرم لايؤمن على صبى و صبية بفسقه انتهى
وهو اولى لما بينا سقوط الحضانة بالفسق نقلا عن الفتح وغيره وفى المطلب ومن لايؤمن على صبى
وصبية ليس له حق الامساك تدبر (وان اجتمعوا) اى اجتمع مستحقوا الحضانة (فى درجة فاورعهم)
اولى (ثم اسنهم) وفى المطلب واذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام
ثم الى الخال لاب وام ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية عند الامام فى النكاح (ولاحق لامة وام ولد فى الحضانة
قبل العتق) وكذا المدبرة اومكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة لاشتغالهن بخدمة المولى لكن
ان كان الولد رقيقا كن احق به لانه مملوك لمولى الام وقيد بقبل العتق لان بعد العتق كانتا كالحرة
(والذمية احق بولدها المسلم) بان كان زوجها مسلما لان الشفقة لاتختلف باختلاف الدين
وقال الشافعى واحمد ومالك فى رواية لاحق لها فى الذمية فى المسلم (مالم يخف عليه الف الكفر

فحينئذ يؤخذ عنها جارية كانت اوغلاما لاحتمال الضرر بانتقاش اقوال الكفر فى ذهنه
(وليس للاب ان يسافر بولده حتى يبلغ حد الاستغناء) لما فيه من الاضرار بالام بابطال حقها
فى الحضانة كما فى اكثر الكتب وهو يدل على ان حضانتها اذا سقطت جاز له السفر به (ولا للام)
ذلك لما فيه من الاضرار بالاب (الا الى وطنها وقد تزوجها فيه) فلا تخرجه الى بلد ليس وطنا لها
وان وقع النكاح فيه فى رواية الاصل وتخرجه فى رواية الجامع الصغير والاول اصح (ان لم يكن)
الوطن (دار الحرب) فليس لها ان تخرجه الى دار الحرب اصلا هذا اذا كان الاب مسلما اوذميا
اما لو كانا مستأمنين وقد تزوجها هنالك جاز لها الخروج الى دارها (وليس ذلك) اى السفر به
(لغير الام) ممن يستحق الحضانة نظرا للصغير وهذا كله اذا كان بين المصرين اوالقريتين تفاوت
(وان كان بين المصرين اوالقريتين ما) اسم كان عبارة عن المسافة بحيث (يمكن للاب ان يطلع عليه)
ى ولده (ويبيت فى منزله فلا بأس به) لعدم الاضرار بالاب فصار كالنقلة من محلة الى محلة اخرى
فى المصر المتباعد الاطراف (وكذا النقلة من القرية الى المصر) لما فيه مصلحة للصغير
حيث يتخلق باخلاق اهل المصر (بخلاف العكس) اى النقلة من المصر الى القرية اذ فيه
ضرر الولد حيث يتخلق باخلاق اهل السواد الا اذا وقع العقد فيه لان اهل الكفور اهل القبور
(ولا خيار للولد) فى الحضانة مطلقا سواء كان مميزا اولا وسواء كان غلاما اوجارية وقال الشافعى
اذا كان مميزا يخير وفى التنوير بلغت الجارية مبلغ النساء ان بكرا ضمها الاب الى نفسه وان ثيبا لا
لا اذا لم تكن مأمونة على نفسها والغلام اذا عقل واستغنى برأيه ليس للاب ضمه الى نفسه والجد بمنزلة
لاب فيه وان لم يكن اب ولا جد ولها اخ اوعم فله ضمها ان لم يكن مفسدا وان كان مفسدا لا يضمها
كذا الحكم فى كل عصبة ذى رحم محرم منها وان لم يكن لها اب ولا جد ولا غيرهما من العصبات
وكان لها عصبة مفسد فالنظر فيها الى الحاكم فان مأمونة خلاها تنفرد بالسكنى والا وضعها
عند امينة قادرة على الحفظ بلا فرق فى ذلك بين بكر وثيب

﴿باب النفقة﴾

وهى لغة
اسم من الانفاق والتركيب دال على المضى بالبيع نحو نفق البيع نفاقا بالفتح اى راج اوبالموت
نحو نفقت الدابة نفوقا اى ماتت اوبالفناء نحو نفقت الدراهم نفقا اى فنت وليست النفقة هنا مشتقة
من النفوق بمعنى الهلاك ولا من النفق ولا من النفاق بل هو اسم للشئ الذى ينفقه الرجل على عياله
نحو ذلك وشريعة مايتوقف عليه بقاء شئ من نحو مأكول وملبوس وسكنى قالوا ونفقة الغير
تجب على الغير باسباب الزوجية والقرابة والملك فبدأ بالاول لمناسبة ماتقدم من النكاح والطلاق
والعدة ولان الزوجية هى الاصل فقال (تجب النفقة والكسوة) بالضم والكسر اللباس كما فى المفردات
وفى التاج الالباس (والسكنى) اسم من الاسكان لا من السكون كما فى الصحاح (للزوجة على زوجها)
سواء كان فقيرا اوغنيا حاضرا اوغائبا ثبت ذلك بالكتاب والسنة والاجماع ولان النفقة
جزاء الاحتباس ومن كان محبوسا بحق شخص كانت نفقته عليه واصله القاضى والعامل فى الصدقات
والوالى والمفتى والمقاتلة والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والوصى (ولو) كان الزوج (صغيرا) لا يقدر
على الوطئ لان العجز من قبله فكان كالمجبوب والعنين خلافا لمالك (مسلمة كانت) الزوجة
(وكافرة) موطوءة اوغيرها حرة اوامة ولو غنية لان الدلائل لا فصل فيها (كبيرة اوصغيرة) التى
(توطأ) اى تصلح للوطئ فى الجملة بلا منع نفسها عنه فتجب نفقة الرتقاء والقرناء وغيرهما مما لا يمنع الوطئ
(لاعتبار) لكونها مشتهاة على الصحيح كما فى القهستانى لكن فى اكثر الكتب قالوا ان كانت الصغيرة
مشتهاة بحيث يمكن التلذذ منها تجب لها النفقة فعلى هذا ان المراد بالوطئ اعم منه ومن الدواعى تدبر
وقال الشافعى لها النفقة وان كانت فى المهد (اذا سلمت) الزوجة ظرف لقوله تجب (اليه)
اى الى الزوج (نفسها فى منزله) اى فى منزل الزوج كما فى الهداية وغيرها وفى شرح الاقطع تسليمها

نفسها شرط في وجوب النفقة ولاخلاف في ذلك وفي النهاية هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر
الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى
بيت الزوج ثم قال وقال بعض المتأخرين من ائمة بلخ لاتستحق النفقة اذا لم تزف في بيت زوجها
وهو رواية عن ابي يوسف وفي الكافي الفتوى على ظاهر الرواية وكذا في الدرر وغيره قالوا هذا
اذا لم يطالبها الزوج بالانتقال وكذا اذا طالبها ولم تمتنع اما ان طالبها بالانتقال وامتنعت بغير حق
فلانفقة لها فعلى هذا لايلزم المخالفة على ما في شرح الاقطع في صورة عدم الامتناع لانها سلمت اليه
نفسها معنى لكن التقصير وجد من جهة الزوج حيث ترك النقل تأمل (اولم تسلم) نفسها
(لحق لها) كالمهر المعجل فانه منع بحق فتستحق النفقة (او) لم تسلم نفسها (لعدم طلبه) اى لعدم طلب
الزوج الزوجة لان الطلب حقه فاذا لم يطالبها كان تاركا حقه فتستحق النفقة لانها حقها فلا يسقط
حقها بترك حقه (وتفرض النفقة) اى تقدر في (كل شهر وتسلم اليها) في كل شهر لانه يتعذر القضاء
بها كل ساعة ويتعذر بجميع المدة فقدرنا بالشهر لانه الاوسط وهو اقرب الآجال وفي المبسوط
فان كان محترفا يوما فيوما وان من التجار شهرا فشهرا او من الدهاقين سنة فسنة وللزوج
الانفاق عليها بنفسه الا ان يظهر للقاضي عدم انفاقه فيفرض لها في كل شهر ويقدرها تقدير
الغلاء ولاية بدراهم كما في التنوير وفي البحر ينبغي للقاضي اذا اراد فرض النفقة ان ينظر في سعر البلد
وينظر ما يكفيها بحسب عرف تلك البلدة ويقوم الاصناف بالدراهم ثم يقدر بالدراهم وفي الاختيار
لو صالحته من النفقة على ما لايكفيها فطلبت التكميل كملها القاضي (و) تفرض (الكسوة كل ستة
اشهر) لانها تحتاج اليها في كل ستة اشهر باختلاف البرد والحر ففي الصيف قميص ومقنعة وملحفة
وتزاد في الشتاء جبة ولحافا وفراشا ان طلبته ويختلف ذلك يسارا واعسارا وحالا وبلدا كما
في اكثر الكتب (وتقدر بكفايتها بلا اسراف ولاتقتير) تصريح لما علم في ضمن قوله بكفايتها
وفي الاختيار وليس فيها تقدير لازم لاختلاف ذلك باختلاف الاوقات والطباع والرخص والغلاء
والوسط خبز البر والادام بقدر كفايتها وان كان الرجل صاحب مائدة لاتفرض عليه النفقة وتفرض
الكسوة (ويعتبر في ذلك) اى في فرض النفقة (حالهما) اى الزوجين في اليسار والاعسار وهو اختيار
الخصاف وعليه الفتوى كما في الهداية (ففي الموسرين) من الزوجين يعتبر (حال اليسار) ككسوتهم
واليسار اسم من الايسار الاستغناء (وفي المعسرين) يعتبر (حال الاعسار) اى الافتقار (وفي المختلفين)
بان يكون الزوج موسرا والزوجة معسرة او بالعكس يعتبر (بين ذلك) اى نفقة الوسط دون
نفقة الموسرين وفوق المعسرين والمستحب ان يطعمها الزوج ما يأكله لانه مأمور بحسن المعاشرة
(وقيل) قائله الكرخي (يعتبر حاله) اى الزوج في اليسار والاعسار (فقط) اى لايعتبر حالها وهو
قول الشافعي قال صاحب البدائع وهو الصحيح وقال صاحب المبسوط المعتبر حاله في اليسار
والاعسار في ظاهر الرواية وذكر في الخزانة انه يعتبر حالها وهو قول مالك فينفق بقدر ما يقدر
والباقي دين عليه (فالقول له) اى للزوج (في اعساره في حق النفقة) لانه منكر (والبينة لها)
لانها مدعية (وتفرض عليه) اى على الزوج (نفقة خادم واحد لها لو) كان الزوج (موسرا)
لان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها وفي قوله لها اشعار بانه يشترط للاجبار على النفقة كون
الخادم ملكا لها وهو ظاهر الرواية ولهذا قيده الزيلعي في شرح الكنز بمملوك لها فان كان غير مملوك
لها لاتستحق النفقة للخادم وقيل عليه نفقة الخادم ولو حرا وهذا اذا كانت الزوجة حرة وان كانت امة
لاتستحق نفقة الخادم وفي الخانية وخادم المرأة اذا امتنعت عن الطبخ والخبز لاتجب لها النفقة
على الزوج لان نفقة الخادم مقابل بالخدمة بخلاف نفقة المرأة ولاتفرض لاكثر من خادم
واحد عند الطرفين وهو قول الائمة الثلاثة وزفر (وعند ابي يوسف) في غير المشهور عنه

لان المشهور من قوله كقولهما كما في الطحاوي تفرض (نفقة خادمين) احدهما لمصالح داخل البيت والآخر لمصالح خارجه وعنه ايضا اذا كانت فائقة في الغنى وزفت اليه بخدم كثير استحقت نفقة الجميع وهو رواية هشام عن محمد ومختار الطحاوي وفي الولوالجية المرأة اذا كانت من بنات الاشراف ولها خدم يجبر الزوج على نفقة خادمين وفي السراجية وعليه الفتوى وفي التنوير ولو له اولاد لا يكفيه خادم واحد تفرض عليه لخادمين او اكثر اتفاقا ولو امتنعت المرأة من الطبخ والخبز ان كانت ممن لا تخدم فعليه ان يأتيها بطعام مهيأ والا لا وفي بعض المواضع تجبر على ذلك لكن الصحيح اذا لم تطبخ لا يعطيها الادام وفي البحر ان ادوات البيت كالاواني ونحوها على الرجل والحاصل ان المرأة ليس عليها الا تسليم نفسها في بيته وعليه لها جميع ما يكفيها ثم قال وانما اكثرنا من هذه المسائل تنبيها للازواج لما نراه في زماننا من تقصيرهم في حقوقهن حتى انه يأمرها بفرش امتعتها جبرا عليها وكذلك لاضيافه وبعضهم لا يعطي لها كسوة حتى كانت عند الدخول غنية ثم صارت فقيرة وهذا كله حرام (ولو كان) الزوج (معسرا لا يلزمه نفقة الخادم في الاصح) من الروايتين وهو رواية الحسن عن الامام وقال محمد عليه نفقة خادم (ولو فرضت) اي نفقة زوجته نفقة العسار (لعساره) اي لاجل اعساره او وقت اعساره (ثم ايسر) الزوج (فخاصمته) للاتمام (تمم لها نفقة اليسار) لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضي به تقدير النفقة لم تجب لانها تجب شيئا فشيئا فاذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها (وبالعكس) اي لو فرضت ليساره ثم اعسر (تلزم نفقة العسار) وقال الزيلعي وهذه المسئلة تستقيم على قول الكرخي حيث اعتبر حال الزوج فقط ولم يعتبر حال المرأة اصلا وهو ظاهر الرواية ولا تستقيم على ما ذكره الخصاف من اعتبار حالهما على ما عليه الاعتماد فيكون فيه نوع تناقض من الشيخ لان ما ذكره في اول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم هنا على قول الكرخي انتهى لكن في الفتح وهو مردود بل هو مستقيم على قول الكل لان الخلاف انما يظهر فيما اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا فكلام المصنف هنا اعم من ذلك فلو كانا معسرين وقضي بنفقة الاعسار ثم ايسرا فانه يتم نفقة اليسار اتفاقا واذا ايسر الرجل وحده فانه يقضى بنفقة يساره ونفقة اعسارها وهي الوسط عند الخصاف وكذا اذا ايسرت وحدها قضى بالوسط عنده فصار كلامه شاملا للصور الثلث بهذا الاعتبار ومتى امكن الحمل فلا تناقض انتهى ويمكن التوجيه بوجه آخر بان المسئلة مفروضة في موسرة مزوجة بمعسر ثم ايسر وكذا بالعكس او بان الكلام الثاني في قضاء القاضي وما ذكر ما كان بطريق الافتاء فلا تناقض تدبر فعلى هذا لو قال وجب الوسط كما في التنوير لكان اولى لانه لا يحتاج الى هذه التكلفات تأمل (ولا نفقة لناشزة) اي عاصية ما دامت على تلك الحالة ثم وصفها على وجه الكشف فقال (خرجت) الناشزة (من بيته) خروجا حقيقيا او حكميا (بغير حق) واذن من الشرع قيد به لانها لو خرجت بحق كما لو خرجت لانه لم يعط لها المهر المعجل او لانه ساكن في بيت مغصوب او منعته من الدخول الى منزلها الذي يسكن معها فيه بحق كما لو منعته لاحتياجها اليه وكانت سألته ان يحولها الى منزله او يكتري لها منزلا آخر ولم يفعل لم تكن ناشزة وقيد بالخروج لانها لو كانت مقيمة معه ولم تمكنه من الوطئ لا تكون ناشزة لان البكر لا توطأ الا كرها وفي البحر وشمل الخروج الحكمي ما اذا طلب ان يسافر بها من بلدها وامتنعت فانه لا نفقة لها على ظاهر الرواية واما على المفتى به فانها لا تكون ناشزة واطلاق عدم وجوب النفقة للناشزة شامل لما اذا كانت النفقة مفروضة فان النشوز يسقطها ايضا الا ان استدانت فان المستدانة لا يسقطها النشوز على اصح الروايتين كالموت لا يسقطها ايضا وفي القهستاني فان النواشز ما اذا منعت نفسها لاستيفاء المهر بعدما سلمتها كما قالا وليست بناشزة عنده واما اذا سلمت نفسها في النهار او الليل

فقط فلانفقة لمحترفات لم تكن مع الزوج الا بالليل (و) كذا لانفقة لامرأة (محبوسة بدين) ولو ترك الدين واطلق لكان احسن لان المحبوسة ظلما بغير حق او بحق لانفقة لها ذكره في الاصل والجامع من غير تفصيل وهذا عند الطرفين وهو الصحيح وعند ابي يوسف ان بدين لاتقدر على ادائه او حبست ظلما تجب والا لا وهذا ان لم يقدر على الوصول اليها في الحبس وان قدر قالوا يجب النفقة وقيد بحبسها لانه او حبس مطلقا او حرب او نشز كان لها النفقة (و) كذا الامرأة (مريضة لم تزف) اى لم تنقل الى منزل زوجها لعدم الاحتباس لاجل الاستمتاع كما في الدرر لكن بين هذا وبين قوله فتجب النفقة ولو هي في بيت ابيها نوع تناقض الا ان يقال اختار هنا كما اختار صاحب الهداية وهو خلاف ظاهر الرواية واختار ثمة ظاهر الرواية تدبر (و) كذا الامرأة (مغصوبة) يعني اخذها رجل كرها فذهب بها وعن ابي يوسف ان لها النفقة عما مضى اذا عادت والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا كما في الهداية وفي القهستاني والاحسن ترك القيد فانها ليست واجبة اذا رضيت به انتهى نعم الا ان المغصوبة طوعا داخلة تحت حد الناشزة تدبر (و) كذا الامرأة (صغيرة لا توطأ) وانما صرح مع انه مستفاد من قوله او صغيرة التي توطأ خلافا للشافعي لانه قال لها النفقة تدبر ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بان كانا صغيرين لا يطيقان الجماع وفي الذخيرة لانفقة لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها فلا تستحق النفقة واكثر ما في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها قائم ومع قيام المنع من جهتها لا تستحق النفقة وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب كما في العناية وجوابه ان الاصل اعتبار جهتها الا انها لو كانت محبوسة لانفقة لها ولو كان هو محبوسا وجبت كما مر فعلم انه لا اعتبار بالمنع من جهته فلا يلزم الترجيح تدبر (و) كذا لامرأة (حاجة) حال كونها (لا) تكون (معه) اى الزوج حج الاسلام قبل تسليم النفس او بعده ولو مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف لها نفقة الحضر دون السفر لان اقامة الفرض عذر لكن اطلاقه شامل للفرض والنفل (ولو حجت معه) فرضا او نفلا (فلها نفقة الحضر) بالاتفاق لانها كالمقيمة في منزله فما زاد على نفقة الحضر يكون في مالها لانه بازاء منفعة لها (لا) نفقة (السفر ولا الكراء) ومؤنة السفر هذا تصريح لما علم ضمنا ولو اكتفى بالاول لكان اخصر (ولو مرضت) الزوجة (في منزله) اى الزوج (فلها النفقة) والقياس عدمها اذا كان مرضها يمنع الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس موجود فانه يستأنس بها وتحفظ البيت ويستمتع بها لمسا وغيره والمانع بعارض كالحيض (لا) تجب النفقة (او مرضت في بيتها وزفت مريضة) الى بيت الزوج وهذا اختيار صاحب الهداية وهو مروي عن ابي يوسف وليس هو المختار لان المنقول في ظاهر الرواية وجوب النفقة للمريضة سواء كان قبل النقلة او بعدها وسواء كان يمكنه جماعها او لا كان معها زوجها او لا حيث لم تمنع نفسها كما في اكثر المعتبرات وما في الخانية من انها اذا زفت الى زوجها وهي صحيحة فمرضت في بيت الزوج مرضا لا تحتمل الجماع لانفقة لها مخالف للكتب المعتبرة وتمامه في البحر تتبع (ولا يفرق) القاضي بين الزوجين (بعجزه) اى الزوج (عن النفقة) ولا بعدم ايفاء الزوج حال كونه غائبا حقها ولو كان الزوج موسرا لان العجز من الانفاق لا يوجب الفراق خلافا للشافعي فانه قال القاضي يفرق بينهما بالعجز عن النفقة ان طلبت الفرقة وهذا فيما اذا كان حاضرا وثبت عساره عند القاضي واما اذا كان غائبا فالتفريق عنده لعدم ايفائه حقها من النفقة ولو كان موسرا لا بعجزه عن النفقة صرح بهذا في غاية القصوى قال في شرحه لو غاب الزوج حال كونه قادرا على اداء النفقة ولكن لا يوفي حقها فاظهر الوجهين انه لا فسخ فيها ولكن يبعث الحاكم الى حاكم بلده ليطالبه ان كان موضعه معلوما والثاني ثبوت الفسخ واليه مال جمع

من اصحابنا وافتوا بذلك للمصلحة كما في الدرر فلا يرد عليه ما في الذخيرة من ان العجز لا يعرف في حالة الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عن الانفاق واطلق النفقة فشمل الانواع الثلثة وهي مأكول وملبوس ومسكن فلا يفرق لعجزه عن كلها او بعضها (وتؤمر) الزوجة (بالاستدانة) اى يقول لها القاضي استديني على زوجك اى اشترى الطعام نسيئة على ان تقضي الثمن من ماله على ما ذكره الخصاف هذا اذا لم يكن لها اخ او ابن موسر او من تجب عليه نفقتها لولا الزوج وان كان يؤمر الابن او الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا ايسر ويحبس كل منهما اذا امتنع كما في شرح المختار وفائدة الامر بالاستدانة (لتحيل) المرأة رب المال واللام للعاقبة (عليه) اى على الزوج فترجع بالدين عليه او ترجع به على تركته ان مات وبدون الامر ليس لرب المال ان يرجع بذلك على الزوج بل على الزوجة ثم هي على الزوج اذا فرض لها القاضي وفيه اشارة الى انها لا ترجع عليه الا بالتصريح بالاستدانة عليه وفي البحر وكذا ان نوت واذا لم تصرح ولم تنو لم ترجع ولو ادعت انها نوت الاستدانة عليه وانكر الزوج فالقول لها وفي الفتح لو امتنع من الانفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم ماله عليه ويصرفه في نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ (ولا تجب) عليه (نفقة مدة مضت) ولم تصل اليها اما لعجزه او تعنته او غيبته بالحبس وغيره وقد اكلت من مال نفسها ولم يبين مقدار زمنه وذلك شهر كما في الفتح وفي الغاية ان نفقة ما دون الشهر لا تسقط (الا ان تكون) النفقة (قضى بها) بتقدير القاضي النفقة لها (او تراضيا) اى اصطلح الزوجان (على مقدارها) بشيء معلوم منها الكل شهر او سنة فتجب النفقة المفروضة او المرضية لما مضى ما داما حيين لان هذه صلة تجب بقدر الكفاية عند الاحتباس كرزق القاضي في بيت المال فلا بد من التسليم او التأكيد بقضاء او تراض وعند الائمة الثلثة تجب بدونهما (ولو مات احدهما) بعد احد هذين (او طلقت بعد القضاء او التراضي قبل قبضها) اى قبل قبض الزوجة النفقة من الزوج (سقطت) النفقة المفروضة بالقضاء او الرضاء لانها صلة ساقطة باحدهما قبل القبض كالهبة واطلق الطلاق فشمل البائن والرجعي كما في المنح وفي الجواهر المفتى به ان الرجعي لا يسقطها وفي خزانة المفتين ان المفروضة لا تسقط بالطلاق على الاصح ورجحه صاحب البحر من وجوه وفيه اشعار بانها لو لم تعين باحدهما تسقط بالطريق الاولى كما في المحيط وعند الائمة الثلثة لا تسقط (الا ان تكون) الزوجة (استدانت بامر قاض) فانها لا تسقط بالموت والطلاق هو الصحيح لان للقاضي ولاية عامة واستدانتها عليه بامر القاضي كاستدانة الزوج (ولو عجل) اى الزوج او ابوه (لها النفقة او الكسوة لمدة ثم مات احدهما قبل تمامها) اى المدة (فلا رجوع عليها) اى لا يسترد شيء منها عند الشيخين وجعله الولوالجي واصحاب الفتاوى قول ابي يوسف وقالوا الفتوى عليه اطلقه فشمل ما اذا كانت قائمة او مستهلكة او هالكة فان كانت هالكة فلا ترد شيئا اتفاقا وان كانت قائمة او مستهلكة فكذلك عندهما (خلافا لمحمد) فان عنده يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي ولم يذكر حال الطلاق مع انه صرح في البحر عدم فرق الموت والطلاق في الحكم وفي الفتح الموت والطلاق قبل الدخول سواء فعلى هذا او قال ثم مات احدهما او طلقها لكان اولى تدبر (واذا تزوج العبد بالاذن) اي باذن مولاه (فنفقتها دين عليه) اى على العبد (يباع) العبد (فيه) لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فتعلق برقبته الا ان يفديه المولى او يموت او يقتل في الصحيح (مرة بعد) مرة (اخرى) فاذا بيع في دين النفقة فاشتراه من علم به او لم يعلم فرضي ظهر السبب في حقه ايضا فاذا اجتمعت النفقة عليه مرة اخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشتري الثالث وهلم جرا (ولا يباع) العبد (في دين غيرها) اى غير النفقة (الا مرة) فان وفى الغرماء فيها والا طولب به بعد الحرية كذا في اكثر المعتبرات لكن

فيه كلام لانه ان اراد العبد المديون بالنفقة الماضية يباع ثانيا وثالثا كما قال صدر الشريعة وتبعه صاحب الدرر وصاحب الفرائد فليس كذلك بل هو سهو فاحش فلا يباع لبقية النفقة الماضية لانها ح كالمهر كما هو منقول المذهب وان اراد انه بالنفقة الحادثة بعد البيع يباع ثانيا وثالثا فكذلك الجواب في الديون الحادثة بعده اذا كان باذن المولى ولا فرق بينهما الا ان يقال ان النفقة وان كانت حادثة بعد البيع لا تتفرق فصارت دينا واحدا حكما بخلاف الديون الحادثة بعده فافترقا تدبر قيد بالعبد لان المدبر وولد ام الولد لا يباع وكذا المكاتب ما لم يعجز كما في الشمني وقيد بالاذن لانه اذا تزوج بغير اذنه لا يباع وقيد بنفقتها لان نفقة اولاده لا تجب عليه (و) يجب (على الزوج ان يسكنها) اى الزوجة لقوله تعالى ﴿ اسكنوهن من حيث سكنتم (في بيت) اى في مكان يصلح مأوى للانسان حيث احب لكن بين جيران صالحين سيما اذا كان ممن يتهم بالايذاء (خال عن اهله) اى الزوج (واهلها) اى محرم الزوجة لانهما يتضرران بالسكنى مع الناس اذ لا يأمنان على متاعهما ويمنعهما من الاستمتاع والمعاشرة الا ان ترضى هي باهله او يرضى هو باهلها (ولو كان) كان (ولده) اى الزوج (من غيرها) اى الزوجة لمعادات بينهما غالبا الا ان يكون صغيرا لا يفهم الجماع وفيه اشعار بان لها ان لا تسكن مع امته كما في المحيط لكن المختار له ان يجمع بينهما لانه يحتاج الى استخدامها لكن لا يطأها بحضرتها كما لا يحل وطئ زوجته بحضرتها (ويكفيها بيت) بكامل المرافق (مفرز من دار اذا كان له) اى للبيت (غلق) بالتحريك ما يغلق ويفتح بالمفتاح لحصول المقصود وهو الامن والمعاشرة وفيه اشعار بانه لو كان الخلاء مشتركا بعد ان يكون له غلق يخصه وليس لها ان تطالبه بمسكن آخر وفي شرح المختار ولو كان في الدار بيوت وابت ان تسكن مع ضرتها ومع احد من اهله ان اخلى لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة فليس لها ان تطلب بيتا كما في الفتح وهو مفيد انه لا بد للبيت من بيت الخلاء ومن مطبخ بخلاف ما في الهداية قال في البحر وينبغي الافتاء بما في شرح المختار فلهذا فسرنا بكامل المرافق تدبر ويشترط ان لا يكون في الدار من احماء الزوج من يؤذيها (وله) اى للزوج (منع اهلها) اى محرمها (ولو) وصلية (ولدها) اى الزوجة حال كون ذلك الولد (من غيره) اى غير ذلك الزوج وليس بصفة والا يلزم حذف الموصول مع بعض الصلة (عن الدخول عليها) لان المكان ملكه كما في الكافي وفيه اشعار بان ليس له المنع من ملك الغير كما في القهستاني (لا من النظر اليها) عطف على عن الدخول او لنفي الجنس اى لا منع منه او للنفي اى لا يمنعون من النظر ومن الظن ان التقدير ليس له منعهم من النظر كما في القهستاني (والكلام معها متى) اى في اى وقت (شاؤا) اذ لا ضرر فيه والمنع قطيعة الرحم ولكن له ان يمنعهم من القرار عنده الا انه افتنة كما في المطلب (والصحيح انه) اى الزوج (لا يمنعها من الخروج الى الوالدين و) لا من (دخولهما عليها في الجمعة) اى سبعة ايام (مرة) قيد للخروج والدخول كليهما (و) كذا لا منع (في) الدخول والخروج الى محرم (غيرهما) اى الوالدين (في السنة مرة) قوله والصحيح احتراض عن قول محمد بن مقاتل فانه قال لا يمنع المحارم في كل شهر وفي المختارات وعليه الفتوى وفي اكثر الكتب له ان يأذن لها بالخروج لزيارة الابوين والاقرباء والحج او كانت قابلة او غسالة او كان لها حق على آخر او له عليها وما عدا ذلك لو اذن فخرجت يكونان عاصيين وتمنع من الحمام لكن في الخانية خلافه (وتفرض نفقة زوجة الغائب) ويشترط في البحران بكون مدة سفره فيما دون السفر يسهل احضاره ومراجعته وهو قيد حسن يجب حفظه تتبع (وطفله) وبنته الكبيرة وابنه الفقير الكبير ان كان زمنا (وابويه) فلا تفرض عن غيرهم من الاقرباء لان نفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز وكذا لا تفرض عن مملوكه كما في البحر (في مال له) اى للغائب (من جنس حقهم) اى دراهم او دنانير

اوطعاما اوكسوة من جنس حقهم بخلاف ما اذا كان من خلاف جنسه لانه يحتاج الى البيع فلا يباع
مال الغائب للانفاق بالوفاق (عند مودع) ظرف لقوله له او حال (او) عند (مضارب اومديون
يقر) كل واحد من المودع اوالمضارب اوالمديون (به) اى بمال الوديعة اوالمضاربة اوالدين
(وبالزوجية) فى نفقة العرس وبالنسب فى البواقى ولم يذكره لانه يعلم منه بطريق المقايسة (او يعلم
القاضى) عطف على يقر (ذلك) المذكور من الوديعة والمضاربة والدين والزوجية والنسب
عند عدم اعترافهم لان علمه حجة يجوز القضاء به فى محل ولايته فان علم ببعض من الثلثة يشترط
اقرارهم بما لم يعلم به وهو الصحيح قيد بكون المال عند شخص لانه لو كان له مال فى بيته فطلبت من
القاضى فرض النفقة فان علم بالنكاح بينهما فرض لها فى ذلك المال لانه ايفاء لحق المرأة وليس
بقضاء على الزوج بالنفقة كما لو اقر بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين وطلب صاحب الدين
من ذلك قضى له به كما فى البحر (ويحلفها) اى القاضى الزوجة ولا حاجة بذكر غيرها ممن يطلب
النفقة مع ان الحكم جار بعينه فى الطفل واخوانه كما فى القهستانى لانه يعلم بطريق المقايسة كما قررناه
آنفا فبهذا اندفع ما قاله الباقانى على ان الطفل هو الصبى حين يسقط من البطن الى ان يحتلم والصبى
كيف يحلف تدبر (انه) اى الغائب (لم يعطها النفقة) بان قالت بالله ما استوفيت النفقة
كما فى الخانية (ويأخذ) اى يأخذ القاضى (منها) اى من الزوجة (كفيلا) بالنفقة لاحتمال
انها استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها او كانت ناشزة وقال صدر الشهيد الصحيح
التكفيل لان من الناس من يعطى الكفيل ولا يحلف ومنهم من يحلف ولا يعطى الكفيل فيجمع
بينهما احتياطا (فلو لم يقروا بالزوجية ولم يعلم القاضى بها) اى الزوجية (فاقامت) الزوجة
(بينة) على الزوجية او على المال او بمجموعهما كما فى التبيين (لا يقضى) القاضى (بها) اى
الزوجية لانه ليس بخصم فى الزوجية وكذا اذا انكر من فى يده المال فاقامت بينة لا يقضى به لانها ليست
خصما فى اثباته كما فى الاختيار فعلى هذا اقتصاره على الزوجية قصور تدبر (وكذا) لا يقضى (او لم يخلف)
الغائب (مالا فاقامت) الزوجة (البينة على الزوجية ليفرض) القاضى (لها) اى الزوجة
(النفقة) على الغائب (ويأمرها) اى الزوجة (بالاستدانة عليه) اى على الغائب (لا يسمع)
القاضى (بينتها) لان فى ذلك قضاء على الغائب (وعند زفر) وهو قول الامام اولا ثم رجع قال
مشايخنا قول ابى يوسف مثل قول زفر كما فى الاصلاح (يسمعها) اى يسمع القاضى البينة (ليفرض
النفقة) ويأمر بالاستدانة اذا لم يكن له مال اذ لا ضرر فيه على الغائب لانه اذا حضر واقر بالزوجية
قضى الدين وان انكرها كلفها القاضى اعادة البينة فان اعادت فيها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة
(لا) يسمع (لثبوت الزوجية) لانه ايضا قضاء على الغائب (وهو المعمول به اليوم وهو المختار)
هذه من احدى المسائل الست التى يفتى فيها بقول زفر لحاجة الناس كما فى عامة المعتبرات (وتجب
النفقة والسكنى) وكذا الكسوة كما فى اكثر المعتبرات قالوا انما لم يذكرها محمد فى الكتاب لان العدة
لا تطول غالبا فتستغنى عنها حتى لو احتاجت اليها يفرض لها (لمعتدة الطلاق ولو) كان الطلاق
رجعيا او بائنا) واحدا او اكثر فلا نفقة للمختلعة وان لم يشترط فى العقد وقالا لها النفقة الا اذا شرط
به ولها السكنى مطلقا لان النفقة حقها فيصح الابراء عنها دون السكنى كما فى البحر وعند الائمة
الثلثة لا نفقة لمبتوتة او حائلا ولو كانت حاملا تجب عليه النفقة للحمل لكونه ولده وكذا السكنى الا فى قول
من الشافعى ومالك تجب لموت الى انقضاء عدتها (و) كذا تجب للمرأة (المفرقة بلا معصية)
صادرة عنها (كخيار العتق والبلوغ والتفريق لعدم الكفاءة) ولو اقتصر بعدم الكفاءة بدون
ذكر التفريق او بالتفريق بدون عدم الكفاءة لكان اخصر تدبر وفى التبيين ولو وقعت الفرقة
بينهما باللعان والايلاء او العنة او الجب فلها النفقة بهذه الاشياء مضافة الى الزوج وكذا اذا وقعت

الفرقة بينها بخيار البلوغ اوالعتق اوعدم الكفاءة ولو اسلمت المرأة وابى الزوج فلها النفقة لان الفرقة بالاباء وهو منه بخلاف ما اذا اسلم وابت هي حيث لا تجب لها النفقة لان الامتناع جاء من قبلها ولهذا يسقط به مهرها كله اذا كان قبل الدخول انتهى لكن ليس الامر كذلك بل اذا كانا نصرانيين فاسلم وابت هي بقيت الزوجية على حالها الا ان يكونا مجوسيين او المرأة مجوسية فان فيهما اذا اسلم وابت هي يبطل النكاح فلا نفقة لها فعلى هذا الصواب ان يخصص تدبر (لا) تجب النفقة والسكنى (لمعتدة الموت) مطلقا سواء كانت حاملا اولا الا اذا كانت ام ولد وهي حامل فلها النفقة من جميع المال (والمفرقة بمعصية) صادرة منها (كالردة وتقبيل ابن الزوج) اى تقبيلها ابنه او اباه بشهوة او الزنا به طوعا لا كرها فانه تقع الفرقة ولا تسقط النفقة وفيه اشارة الى ان ردته او تقبيله ابنتها وغيرهما ومعصية منه لم تسقط النفقة والى ان لا تجب لها السكنى ايضا كما فى المبسوط لكن فى الخانية وشرح الطحاوى صرح لوجوبها لها وفى الفتح لها السكنى فى جميع الصور لان القرار فى منزل الزوج حق عليها ولا يسقط بمعصيتها كما فى البحر والمنح بخلاف المسئلة الاولى فعلى هذا ان يذكر وجوب النفقة فى الصورتين على الاطلاق ويخصص عدم وجوب السكنى لمعتدة الموت اولى تدبر (ولو ارتدت مطلقة الثلث تسقط نفقتها) يعنى لو طلقها ثلثا او بائنا ثم ارتدت العياذ بالله تعالى سقطت نفقتها وهذا اذا خرجت من بيت الزوج والا فلها النفقة كما فى القهستانى وما وقع فى المتن من تقييده بالثلاث كما وقع فى الهداية اتفاقى (لا) اى لا تسقط نفقتها (لو مكنت) اى معتدة الثلث وكذا البائن واما فى الرجعى فلا فرق بين الردة والتمكين وكل واحد منهما يسقط النفقة لان النكاح باق والفرقة حصلت منه (ابنه) اى ابن الزوج لانه لا اثر للتمكين خلافا لزفر

﴿فصل﴾

(نفقة الطفل) الحر (الفقير) وكذا السكنى والكسوة تجب (على ابيه) بالاجماع سواء كان الاب موسرا او معسرا لكن على المعسر يفرض عليه بقدر الكفاية وعلى الموسر بقدر ما يراه الحاكم وان كان الاب عاجزا يتكفف وينفق وقيل نفقته فى بيت المال وان كان قادرا على الكسب اكتسب واذا امتنع عنه حبس وفى الفتح ولا يحبس والدوان علا فى دين ولده وان سفل الا فى النفقة قيد بالطفل لان البالغ لا تجب نفقته على ابيه الا بشروط كما سيأتى وقيد بالفقير لانه ينفق على الغنى من ماله فان انفق الاب من ماله رجع على ماله بشرط الاشهاد وقيدنا بالحر لان الولد المملوك نفقته على مالكه لا على ابيه (لا يشركه) اى الاب (فيها) اى فى النفقة (احد) من الام وغيرها فى ظاهر الرواية لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فهى عبارة فى ايجاب نفقة المنكوحات اشارة الى ان نفقة الاولاد على الاب وان النسب له (كنفقة الابوين والزوجة) يعنى لا يشرك الاب فى نفقة لولده احد كما لا يشرك الولد ان كان غنيا فى نفقة الوالدين الفقيرين احد ولا يشرك الزوج فى نفقة الزوجة ولو غنية (ولا تجبر امه) اى ام الطفل (على ارضاعه) قضاء لان ما عليها تسليم النفس للاستمتاع لا غير وتؤمر ديانة لانه من باب الاستخدام وهو واجب عليها ديانة (الا اذا تعينت) الام للارضاع بان لا يجد الاب من يرضعه او كان الولد لا يأخذ ثدى غيرها او لم يكن له مال ولا الاب موسر فحينئذ تجبر على الارضاع صيانة عن ضياعه وهذا مروى عن الشيخين وظاهر الرواية انها لا تجبر لانه يتغذى بالدهن وغيره من المايعات فلا يؤدى الى ضياعه والى الاول مال القدورى وشمس الائمة وعليه الفتوى وكان هو المذهب كما فى اكثر المعتبرات لان قصر الرضيع الذى لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته كما فى الفتح (ويستأجر) الاب لان الاجرة عليه (من ترضعه عندها) اى عند الام اذا ارادت ذلك لان الحضانة لها وفيه اشارة الى ان يجب الارضاع عند الام وذا غير واجب بل عليها ارضاعه اما فى منزل امه او فنائه او فى منزل نفسها ثم تدفعه الى امه الا اذا شرط ذلك عند العقد وكذا لا يجب على المرضعة

المكث عندها الا اذا شرط (ولو استأجرها) اى الام (و) الحال (هى زوجته) غير مطلقة (او معتدته من) طلاق (رجعى لترضع ولدها لا يجوز) الاستيجار ولم تستحق الاجرة لان الارضاع مستحق عليها ديانة بقوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين وهو امر بصيغة الخبر وهو آكد واستيجار الشخص لامر مستحق عليه لا يجوز وانما لا تجبر عليه لاحتمال عجزها فعذرت فاذا اقدمت عليه ظهر قدرتها فلا تعذر (وفى) جواز استيجار (معتدة البائن روايتان) ففى ظاهر الرواية انه يجوز لان النكاح قد زال فهى كالاجنبية وصحح فى الجوهرة وفى رواية الحسن لا يجوز لانه باق فى حق بعض الاحكام (وبعد العدة يجوز) استيجارها بالاتفاق لزوال النكاح بالكلية وفى المجتبى لو استأجر زوجته من مال الصبى لارضاعه جاز ومن ماله لا يجوز حتى لا يجتمع نفقة النكاح والارضاع والحاصل ان على تعليل صاحب الهداية ومن تبعه لانه واجب عليها ديانة لا تأخذ شيئا فى مقابلة الارضاع لا من الزوج ولا من مال الصغير لوجوبه عليها وعلى ما علل به فى المجتبى ومثله فى الذخيرة من ان المنع انما هو لاجتماع واجبين يجوز ان تأخذ من مال الصغير لا من مال الاب كما فى المنح (وهى) اى الام بعد العدة او المعتدة عن طلاق بائن على احدى الروايتين (احق) واولى بالاستيجار من الاجنبية لان ارضاعها انفع للصغير (ان لم تطلب زيادة على الغير) فان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اى فان امهلها اكثر من اجرة الاجنبية وفى كل موضع جاز الاستيجار ووجبت النفقة لا تسقط هذه الاجرة بموته لانها اجرة وليست بنفقة كما فى الذخيرة وفى الواولجية لا تسقط هذه الاجرة بموته بل تكون اسوة الغرماء وظاهر المتون ان الام او طلبت الاجر اى اجرة المثل والاجنبية متبرعة بالارضاع فالام اولى لانهم جعلوا الام احق فى جميع الاحوال الا فى حالة طلب الزيادة على اجرة الاجنبية لكن فى التبيين وغيره ان الاجنبية اولى ان ترضعه بغير اجر او بدون اجر المثل لكن هى اولى فى الارضاع اما فى الحضانة فالام اولى كما فى البحر وفى المنح ان كانت الاجنبية ترضعه بغير اجرة او باجر يسير والام تريد الزيادة ترضعه الاجنبية عند الامام ولا ينزع الولد من الام لان الحضانة لها وفى البحر اذا استأجر الام للارضاع لا يكفى عن نفقة الولد لان الولد لا يكفيه اللبن بل يحتاج معه الى شئ آخر كما هو المشاهد خصوصا الكسوة فيقدر القاضى له نفقة غير اجرة الرضاع وغير اجرة الحضانة فعلى هذا تجب على الاب ثلثة اجرة الرضاع واجرة الحضانة ونفقة الولد (ولو استأجرها وهى زوجته لارضاع ولده) اى الزوج حال كونه (من غيرها صح) الاستيجار لانها لم يجب عليها ارضاعه ديانة (ونفقة البنت بالغة) او صغيرة ولم يذكرها لاغناء الطفل (والابن) البالغ (زمنا) بفتح الزاى وكسر الميم اى الذى طال مرضه زمانا كما فى المغرب او الذى لا يمشى على رجليه كما فى المهذب وكذا اعمى واشل وغيرهما فقيرا تجب (على الاب خاصة وبه يفتى) هذا ظاهر الرواية (وقيل) قائله الحسن والخصاف برواية عنه (على الاب ثلثاها وعلى الام ثلثها) اعتبارا بالارث بخلاف الصغير حيث تجب نفقة على الاب وحده والفرق على هذه الرواية ان الاب اجتمعت فيه للصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة الفطر فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه وفى الخانية اب الاب بمنزلة الاب عند عدمه (وعلى الموسر) عطف على الاب اى يجب على الموسر فانه اذا كان معسرا كان عاجزا ولا نفقة على العاجز بخلاف نفقة الزوجة والاولاد الصغار لانه التزمه بالعقد ولا تسقط بالفقر واختلفوا فى اليسار واختار المصنف بان يملك ما فضل من حاجته مما يبلغ مأتى درهم فصاعدا فقال (يسارا يحرم الصدقة) وعليه الفتوى كما فى اكثر المعتبرات وفى الخلاصة يسار الزكوة وبه يفتى وعن محمد يسار الفاضل عن نفقة شهر لنفسه وعياله فان لم يكن له شئ واكتسب لكل يوم درهما وكفاه اربعة دوانق ينفق الفضل وفى التحفة يعتبر

قول محمد اذا كان كسوبا وهو ارفق فان لم يفضل من كسبه فلا شيء عليه لكن يؤمر ديانة ان لا يضيع والده (نفقة اصوله) اى تجب على الموسر نفقة ابويه واجداده وجداته اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا انزلت فى حق الابوين الكافرين وليس من المعروف ان الابن يعيش فى نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات لكن فيه استدراك بما قدمه من قوله كنفقة الابوين ولو اقتصر بهذا المكان اختصر تدبر (الفقراء) سواء كانوا قادرين على الكسب اولا قيل هذا ظاهر الرواية وقال الحلوانى الابن الكاسب لا يجبر على نفقة الاب الكاسب لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة فى ايجاب النفقة على الغير وفى الفتح لا يجبر الموسر على نفقة احد من قرابته اذا كان صحيحا وان كان لا يقدر على الكسب الا فى الولد خاصة او فى الجد فان الولد يجبر على نفقته وان كان صحيحا وهذا يؤيد قول السرخسى ويوافق اطلاق المتن وفى البحر لو ادعى الولد غناء الاب وانكره الاب فالقول للاب والبينة للابن (بالسوية بين الابن والبنت) ولو احدهما فائق اليسار فى ظاهر الرواية وهو الصحيح لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لان الوجوب علق فيه بالارث وقيل تجب بقدر الارث وقال مشايخنا هذا اذا تفاوتا فى اليسار تفاوتا يسيرا اما اذا كان فاحشا فيفرض بقدره كما فى المحيط (ويعتبر فيها) اى نفقة الاصول يعنى فى وجوبها (القرب والجزئية) اى النفقة على القريب ان استويا فى الجزئية وعلى الجزء ان استويا فى القرب (لا) يعتبر (الارث) كما هو رواية عن الامام (فلو كان له بنت وابن ابن فنفقته) كلها (على البنت) لانها اقرب (مع ان ارثه لهما) انصفان ومع انهما يستويان فى الجزئية (ولو كان له بنت بنت واخ فنفقته) كلها (على بنت البنت) لانها جزء بجزئه مع استوائهما فى القرب (مع ان كل ارثه للاخ) لانها محجوبة بحجب حرمان عن الارث بالاخ ولو قال ولو كان له ولد بنت لكان اشمل للذكر والانثى لانهما فى الحكم سواء تدبر (و) تجب (عليه) اى الموسر (نفقة كل ذى رحم محرم منه) وهو من لا يحل مناكحته على التأبيد مثل الاخوة والاخوات واولادهما والاعمام والعمات والاخوال والخالات فلا نفقة لذى رحم غير محرم مثل اولادهم ولا نفقة لمحرم غير ذى رحم كزوجات الآباء والبنين والاصهار وآباء الامهات والاخوة والاخوات من الرضاعة واولادهم ولا بد ان يكون المحرمية بجهة القرابة لانه لو كان قريبا محرما لا من جهتها كابن عم اذا كان اخا من الرضاع فانه لا نفقة له كما فى البحر وقال ابن ابى ليلى تجب النفقة على كل وارث محرما او لا وقال الشافعى لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين لان استحقاق الصلة عنده باعتبار الولاد ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك وقراءته مشهورة محمولة على السماع من النبى صلى الله تعالى عليه وسلم فيقيد به مطلق النص (ان كان) ذو الرحم (فقيرا صغيرا) مطلقا (او انثى) بالغة فقيرة او فقيرا ذكرا بالغا مجنونا (او زمنا او اعمى او لا يحسن الكسب لخرقه) الخرق بضم الخاء المعجمة وسكون الراء الحمق (او لكونه من ذوى البيوتات) كناية عن كونه شريفا عظيما اى لكونه من اعيان الناس يلحقه العار بالكسب (او) لكونه (طالب علم) لا يقدر على الكسب لاشتغاله بالعلم وهذا اذا كان به رشد كما فى الخلاصة واذا قال صاحب القنية انا افتى بعدم وجوبها فان قليلا منهم حسن السيرة مشتغلا بالعلم الدينى واكثرهم فساق شرهم اكثر من خيرهم يحضرون الدرس ساعة لخلافيات ركيكة ضررها فى الدين اكثر من نفعها ثم يشتغلون طول النهار بالسخرية والغيبة والوقوع فى الناس وغيرها مما يستحقون به لعنة الله تعالى والملائكة والناس اجمعين ولو علم السلف حالهم لحرموا الانفاق عليهم فلم يفرضوا نفقاتهم ثم قال قلت لكن ترى طلبة العلم بعد الفتنة العامة مشتغلين بالفقه والادب اللذين هما قواعد الدين واصول كلام العرب والاشتغال بالكسب يمنعهم عن التحصيل ويؤدى الى ضياع العلم والتعطيل فكان المختار الآن قول السلف (ويجبر)

اى الموسر (عليها) اى على نفقة لايفاء حق مستحق عليه (وتقدر) النفقة (بقدر الارث) لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فجعل العلة هي الارث فيقدر الوجوب بقدر العلة (حتى لو كان له) اى للصغير مثلا (اخوات متفرقات) موسرات (فنفقته عليهن اخماسا كارثن منه) اخماسا ثلثة اخماسها على الاخت لاب وام وخمسها على الاخت لاب وخمسها على الاخت لام فرضا وردا (ويعتبر فيها) اى نفقة ذى الرحم المحرم (اهلية الارث) بان يكون وارثا فى الجملة وان كان محجوبا بغيره (لاحقيقته) بان يكون محرزا الميراث لانه لايعلم الا بعد الموت وفرع عليه بقوله (فنفقة من) اى فقير (له خال وابن عم) موسران (على خاله) لانه محرم ويحرز ميراثه ابن عمه لانه عصبته وهذا لان سبب الارث ثابت للخال فان ابن العم لو مات قبل الخال يحرز ميراثه الخال واذا استويا فى المحرمية واهلية الارث يرجح من كان وارثا فى الحال فلو كان له عم وخال او عم وعمة فالنفقة على العم لاستوائهما فى المحرمية ويرجح العم بكونه وارثا فى الحال (ونفقة زوجة الاب على ابنه) وفى الجوهرة ان احتاج الاب الى زوجة والابن موسر وجب عليه ان يزوجه او يشترى له جارية و يلزمه نفقتهما وكسوتهما وان كان للاب اكثر من زوجة لم تلزم الابن الا نفقة واحدة يوزعه الاب عليهن لكن فى البحر ان المذهب عدم وجوب نفقة امرأة الاب او جاريته حيث لم يكن للاب علة فان القول بالوجوب مطلقا انما هو رواية عن ابى يوسف (ونفقة زوجة الابن على ابيه ان كان الابن صغيرا) فقيرا (او كان كبيرا فقيرا (زمنا) بحيث لايقدر على الكسب (ولا تجب نفقة للغير على فقير الا للزوجة والولد) الصغير الفقير او الكبير الفقير العاجز عن الكسب لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المقاصد لاتنتظم دونها ولا يعمل فى مثلها الاعسار كما فى الهداية (ولا) تجب النفقة (مع اختلاف الدين) لان الاستحقاق انما يثبت باسم الوارث واختلاف الدين يمنع التوارث فلا تجب على النصرانى نفقة اخيه المسلم ولا على عكسه (الا للزوجة) لان النفقة واجبة لها بالعقد الصحيح لاحتباسها بحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة ولهذا لا تجب بالنكاح الفاسد والوطئ بشبهة (وقرابة الولادة اعلى واسفل) يعنى الاصول والفروع لان نفقتهم باعتبار الجزئية وجزء الجزء فى معنى نفسه فكما لا تمنع نفقة نفسه بكفره لا تمنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن المبرة فى حق من يقاتلنا فى الدين كما فى الهداية فعلى هذا لو قيد بالذمى كما قيده صاحب الدرر لكان اولى لانه لا يجبر المسلم على انفاق ابويه الحربيين كما مر ولا الحربى على انفاق ابيه المسلم او الذمى لانقطاع الولاية تدبر (و) يجوز (للاب بيع عرض ابنه) الكبير الغائب عن بلده او المختفى فيه بحيث لايدرى مكانه (لنفقته) عند الامام استحسانا لان له ولاية الحفظ فى مال ولده الغائب اذ للوصى ذلك فالاب اولى لتوفر شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ فاذا جاز بيعه فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه وفيه اشارة الى ان غير الاب من الاقارب لا ولاية لهم اصلا فى التصرف حال الصغر ولا فى الحفظ بعد الكبر كما فى الهداية والى ان القاضى ليس له البيع عن الكل كما فى المنح وانما قيدنا بالكبير لان فى الصغير له بيع عقاره ايضا وقيدنا بالغائب اذ لو كان حاضرا ليس له بيع عرضه ايضا بالاتفاق كما فى الاصلاح فعلى هذا ينبغى للمصنف ان يقيد بهما وكذا لو اطلق النفقة وقال للنفقة لكان اولى لان الاب كما يبيع لنفقته يبيع لنفقة ام الغائب وان كانت الام لا تملك البيع تدبر (لا) يجوز للاب (بيع عقاره) اجماعا لان العقار محصنة بنفسها (ولا) للاب (بيع العرض) اى عرض ابنه (لدين له) اى للاب (على الابن سواها) اى سوى النفقة اتفاقا لان النفقة لا تشبه سائر الديون لانه حينئذ يلزم القضاء على الغائب فلا يجوز بخلاف النفقة فانها واجبة قبل قضاء القاضى الا بقدر ما يحتاج اليه من النفقة ولا يجوز له ان يبيع الزيادة على ذلك كما فى البحر فبهذا اندفع ما ذكره الزيلعى حيث قال اذا كان البيع من باب الحفظ وله ذلك فالمانع منه لاجل دين آخر

تدبر (ولا) يجوز (للام بيع ماله) اى مال الابن ولو عرضا (لنفقتهما) فى ظاهر الرواية وماذكره فى الاقضية من جواز بيع الابوين فتأويله ان الاب هو الذى يبيع لكن لنفقتهما اضاف البيع اليهما (وعندهما لايجوز) ذلك كله (للاب ايضا) وهو القياس لان بالبلوغ انقضت ولايته عنه وعن ماله حتى لايملك فى حضرته وصار كالام (ولاضمان عليهما) اى على الاب والام (لو انفقا من مال الابن عندهما) اى عند الابوين لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على مامر وقد اخذا جنس حقهما وحكم الزوجة والولد كالابوين اذا انفقا ماعندهما لاضمان عليهما بخلاف غيرهما من القريب المحرم العاجز فانه يضمن بالانفاق من غير قضاء ولارضاء ولذا يفرض القاضى فى مال الغائب نفقة الاولين فقط كما فى البحر وفى الخلاصة ولو انفق على نفسه من مال الابن ثم خاصمه الابن فقال انفقته وانت موسر وقال الاب انفقته وانا معسر قال انظر الى حال الاب يوم الخصومة ان كان معسرا فالقول قوله استحسانا فى نفقته وان كان موسرا فالقول قول الابن ولو اقاما البينة فالبينة بينة الابن (ولو انفق المودع) بفتح الدال وهو ليس بقيد لان مديون الغائب كذلك كما فى الولوالجى فعلى هذا لو قال ولو انفق الاجنبى فى يده من مال الابن لكان اولى تدبر (مال الابن) الذى اودعه اياه (عليهما) اى على الابوين وهو ايضا ليس بقيد بل الانفاق على الزوجة والاولاد بلا امر كذلك كما فى البحر فعلى هذا لو عمم لكان اولى تدبر (بغير امر قاض ضمن) لتصرفه فى مال غيره بلا انابة وولاية بخلاف ما اذا امره القاضى لانه ملزم ولا يلزم قضاء للغائب لان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء وقضاؤه اعانة لهم فحسب وفى النوادر اذا لم يكن فى مكان يمكن استطلاع رأى القاضى لايضمن استحسانا وقد قالوا فى رجلين فاغمى على احدهما فانفق رفيقه عليه من ماله او مات فجهزه صاحبه من ماله لم يضمن استحسانا كما فى الشمنى (ولا يرجع) المودع المنفق اذا ضمن (عليهما) اى على الابوين وكذا على الزوجة والاولاد لانه ملكه بالضمان فظهر انه تبرع بمال نفسه فلا يرجع فعلى هذا لو قال لايرجع الدافع على القابض لكان اشمل تدبر (ولو قضى) القاضى (بنفقة غير الزوجة) من الاصول والفروع والقرائب (ومضت مدة بلا انفاق سقطت) النفقة بالاجماع لان نفقة هؤلاء لكفاية الحاجة فتسقط لحصولها بخلاف نفقة الزوجات لانها تجب على الاحتباس لا بطريق الكفاية وفى الحاوى نفقة الصغير تصير دينا بالقضاء دون غيره واطلق فى المدة فشمل القليلة والكثيرة لكن فى الذخيرة ان نفقة مادون الشهر لاتسقط فبهذا يمكن حمل ماذكر فى زكوة الجامع من ان نفقة المحارم تصير دينا بقضاء القاضى على المدة القليلة تدبر وماذكر فى كتاب النكاح من انها لاتصير دينا بالقضاء وتسقط بمضى المدة على المدة الكثيرة (الا ان يكون القاضى امر بالاستدانة عليه) فلا تسقط بمضى المدة لان اذن القاضى كاذن الغائب فتصير دينا فى ذمته وفى البحر وقد اخل بقيد لابد منه وهو الاستدانة والانفاق مما استدانه كما قيد فى اكثر المعتبرات حتى قال الطرسوسى وقد غلط بعض الفقهاء هنا فى مفهوم كلام الهداية وقال اذا اذن القاضى بالاستدانة ولم يستدن فانها لاتسقط وهذا غلط بل معنى الكلام اذن القاضى فى الاستدانة واستدان قال فى المبسوط فلو انفق بعد الاذن بالاستدانة من ماله او صدقة تصدق بها عليه فلا رجوع له لعدم الحاجة فعلى هذا لو قال الا ان يستدين بامر القاضى وينفق منها لكان اولى وفى البحر لو مات من عليه النفقة بعد ذلك لاتسقط على الصحيح بل يأخذ من تركته وفى الخلاصة خلافه فتتبع (و) تجب (على المولى نفقة رقيقه) وهى الطعام والكسوة والسكنى باجماع العلماء اذا كان قنا او مدبرا او ام ولد لامكاتبا لالتحاقه بالاحرار ولو اوصى بعبد لرجل وبخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة فان مرض فى يد صاحب الخدمة ان كان مرضا لايمنعه من الخدمة كانت نفقته على صاحب الخدمة وان كان مرضا يمنعه من الخدمة كانت نفقته على صاحب الرقبة وان تطاول المرض ورأى القاضى

ان يبيعه فباعه يشترى بثمنه عبدا يقوم مقام الاول فى الخدمة كما فى الخانية وزاد فى المحيط انه لو كان
صغيرا لم يبلغ الخدمة فنفقته على صاحب الرقبة حتى يبلغ الخدمة ثم على المخدوم لانه ملك المنافع
بغير عوض فصار كالمستعير وكذا النفقة على الراهن والمودع واما عبد العارية فعلى المستعير
واما كسوته فعلى المعير كما فى البحر وفى التنوير نفقة العبد المغصوب على الغاصب الى ان يرده الى مالكه
فان طلب من القاضى الامر بالنفقة والانفاق لا يجيبه وان خاف القاضى على العبد الضياع باعه القاضى
لا الغاصب ويرد ثمنه لمالكه طلب المودع من القاضى الامر بالنفقة على عبد الوديعة لا يجيبه بل
يؤجره وينفق منه او يبيعه ويحفظ ثمنه لمولاه وفى القنية ونفقة المبيع على البائع ما دام فى يده هو
الصحيح وفى المنح وفيه اشكال لانه لا ملك للبائع لا رقبة ولا منفعة فينبغى ان تكون النفقة على المشترى
وتكون تابعة للملك كالمرهون (فان ابى) المولى عن الانفاق (اكتسبوا) اى اكتسب الارقاء الدال
عليه لفظ الرقيق (وانفقوا) عليهم نظرا لهم ببقاء انفسهم ولسيدهم ببقاء ملكه (وان لم يكن لهم
كسب) لعدم قدرتهم عليه ببعض العوارض او جارية لا يؤجر مثلها (اجبر) المولى (على بيعهم)
ان محلا له اى للبيع لانهم من اهل الاستحقاق وفى البيع ايفاء حقهم وايفاء حق المولى بالخلف وهو
الثمن وانما قيدنا ان محلا له لاخراج المدبر وام الولد فانه يجبر على الانفاق لا غير لانه لا يمكن بيعهما فعلى
هذا لو قيده المصنف لكان اولى وفى التنوير عبد لا ينفق عليه مولاه اكل من مال مولاه بلا رضاه
ان عاجزا عن الكسب والا لا (وفى غيرهم من الحيوان المملوك يؤمر) صاحبه بالانفاق عليه (ديانة)
لا قضاء عند الطرفين وعند ابى يوسف والائمة الثلاثة قضاء حتى لو امتنع عنه بعده يحبسه ولو كانت
الدابة مشتركة بين اثنين فابى احدهما عن الانفاق عليها وطلب الآخر من القاضى ان يأمره بالانفاق
فالقاضى يقول للآبى اما تبيع نصيبك منها او تنفق عليها وفى المحيط يجبر واما غير الحيوان كالعقار
والزرع والشجر فيكره له ان لا ينفق عليها حتى يفسد للنهى عن تضييع المال

﴿ كتاب الاعتاق ﴾

ذكره عقيب الطلاق لان كلا منهما اسقاط الحق وقدم الطلاق لمناسبة النكاح ثم الاسقاطات انواع
تختلف اسماؤها باختلاف انواعها فاسقاط الحق عن الرق عتق واسقاط الحق عن البضع طلاق
واسقاط ما فى الذمة براءة واسقاط الحق عن القصاص والجراحات عفو كما فى الاقطع (هو) اى
الاعتاق لغة الاخراج عن الملك يقال اعتقه فعتق ويقال من باب فعل بالفتح يفعل بالكسر عتق العبد
عتاقا والعتق الخروج عن الملك فالعتق اللغوى حينئذ هو العتق الشرعى وهو الخروج عن المملوكية
كما فى البحر لكن فى الدرر وغيره والاعتاق لغة اثبات القوة مطلقا وشرعا اثبات القوة الشرعية فتبعه
المصنف فقال (اثبات القوة الشرعية فى المملوك) لكن الاولى ما فى البحر لان اهل اللغة لم يقولوا
عتق العبد اذا قوى وانما قالوا عتق العبد اذا خرج عن المملوكية وانما ذكروا القوة فى عتق الطير
ولئن سلم ان اثبات القوة ممكن لكن هذا التعريف يصدق على مذهبهما لا على مذهبه لان عنده
الاعتاق اثبات الفعل المفضى الى حصول العتق فلهذا يتجزى عنده لا عندهما والعجب ان
صاحب الدرر ذكر فى باب عتق البعض ان هذا التعريف غير مسلم وفصل كل التفصيل تتبع ثم العتق
اربعة واجب اذا اعتقه عن كفارة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ومندوب اذا اعتقه لوجه الله تعالى
لقوله عليه الصلاة والسلام ايما مؤمن اعتق مؤمنا فى الدنيا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار
ومباح اذا اعتقه من غير نية او لفلان ومعصية اذا اعتقه للصنم او للشيطان (انما يصح) الاعتاق
(من مالك) فلا يصح من غير مالك لكن يرد عليه اعتاق عبد الغير فانه صحيح موقوف على اجازة المالك
الا ان يقال هو شرط للنفاذ وليس الكلام هنا الا فى الصحة تأمل (حر) لان المملوك لا يملك وان ملك
ولا عتق الا فى الملك ولو كان المملوك مأذونا كما فى اكثر الكتب لكن قوله حر مستدرك لانه لا حاجة اليه
مع ذكر المالك لان الحرية للاحتراز عن اعتاق غير الحر وهو ليس بمالك تدبر (مكلف) اى عاقل

بالغ فلا يصح من صبي ومجنون ومعتوه ونائم ومبرسم ومدهوش ومغمى عليه لان العتق تبرع وليس واحد منهم باهل له ولهذا لو قال اعتقت وانا صبي او وانا نائم كان القول قوله وكذا لو قال اعتقته وانا مجنون بشرط ان يعلم جنونه او قال وانا حربي في دار الحرب وقد علم ذلك لانه اضافه الى زمان لا يتصور منه الاعتاق (بصريحه) اي بصريح لفظ الاعتاق بان كان مستعملا فيه وضعا وشرعا (وان لم ينو) سواء ذكر بصيغة الوصف او الخبر او النداء (كانت حرا ومحرر او عتيق او معتق) ولابد ان يذكر خبر المبتدأ فلو ذكر الخبر فقط توقف على النية ولذا قال في الخانية لو قال حر فقيل له من عنيت فقال عبدي عتق عبده كما في البحر (او حررتك او اعتقتك) لان هذه الالفاظ موضوعة للاعتاق شرعا وعرفا فلا تفتقر الى نية ولو قال اردت الكذب او انه حر من العمل صدق ديانة لانه محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر وكذا لا يصدق قضاء لو قال ما اردت به العتق او لا علم لي بمعناه ولو قال اردت به انه كان حرا في وقت من الاوقات ينظر فان كان العبد من السبي يدين وان كان مولدا لا يدين (او هذا مولاي) لانه وصفه بولاية العتاقة السفلى فيعتق من غير نية لان المولى لا يكون هنا بمعنى الموالي في الدين لانه مجاز لا دليل عليه ولا بمعنى الناصر لان المالك لا يستنصر بمملوكه ولا بمعنى ابن العم لان الكلام في العبد المعروف النسب ولا بمعنى المعتق لان اضافته اليه تنافي ذلك كما في الشمني (او يا مولاي) ليس من الصريح بل ملحق به كما في التبيين وقال زفر والائمة الثلثة لا يعتق بقوله يا مولاي الا بالنية لانه يراد به الاكرام عادة لا التحقيق (او) قال لامته (هذه مولاتي) و يا مولاتي وقيد بالمولى لانه لا يعتق في قوله يا سيدي و يا مالكي الا بالنية (او يا حر او يا عتيق) لان نداءه بهذا الوصف يقتضي ثبوته واثباته من جهته ممكن فيثبت تصديقا له (ان لم يجعل ذلك اسماله) فلو سماه حرا ثم ناداه يا حر لا يعتق لان غرضه الاعلام باسم علمه لا اثبات هذا الوصف لان الاعلام لا يراعى فيها المعاني حتى لو سماه حرا ثم ناداه يا آزاد بالفارسية و بالعكس عتق به لانه ما ناداه باسم علمه اذ الاعلام لا تتغير فيعتبر اخبارا عن الوصف وفي الجوامع قال لعبد غيره يا حر اسقني ثم اشتراه يعتق قيل هذا نقض للقاعدة وهي ان العتق لا يصح الا في الملك اجيب بانه يمكن اثباته حال النداء بان اعتق عبد غيره واجاز المولى فانه يعتق كذا قيل لكن هذا ليس بسديد لان العتق حاصل باجازة المولى قبل ان يشتريه فالمسئلة ليست هذا بل الجواب انه اقر بحريته فلما ملكه عتق بالاقرار السابق فلا يلزم العتق في ملك الغير تتبع (وكذا) يصح الاعتاق (لو اضاف الحرية الى ما) اي عضو (يعبر به عن) جميع (البدن) وانما قال ذلك لانه لو اضافه الى عضو لا يعبر به عن البدن كاليد والرجل لا يعتق عندنا خلافا للائمة الثلثة ولو قال اعتقت سنك او ظفرك او شعرك لا يعتق بالاتفاق (كرأسك حر ونحوه) كان يقول وجهك حر او رقبتك او بدنك (وكقوله لامته فرجك حر) وكذا لو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت وفي المجتبى لو قال لعبده فرجك حر عتق عند الشيخين وعن محمد روايتان فالصحيح انه لا يعتق كما في الجوهرة وفي الاست والدبر الاصح انه لا يعتق لانه لا يعبر به عن البدن كما في الاختيار وفي الشمني لو قال لعبده ذكرك حر يعتق لكن في الخانية خلافه وهو ظاهر الرواية ولو قال لسانك حر يعتق وفي الدم روايتان وفي البحر لو قال بدنك بدن حر عتق وكذا الفرج والرأس وعن ابي يوسف رأسك رأس حر انه لا يعتق وفي المحيط وغيره ان بالاضافة لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه وان بالتنوين عتق لان هذا وصف وليس بتشبيه فصار كانه قال رأسك حر ولو قال لعبده انت حرة او قال لامته انت حر يعتق في الوجهين كذا روي عن الشيخين ولو اراد الرجل ان يقول شيئا فجرى على لسانه العتق عتق ولم يذكر الجزء الشايع كما ذكره في الطلاق للفرق بين العتاق والطلاق فان الطلاق لا يتجزى اتفاقا فذكر بعضه كذكر كله واما العتق فيتجزى عند الامام فاذا قال نصفك حر او ثلثك حر يعتق ذلك القدر خاصة عنده كما سيأتي وفي غاية البيان

من تسوية الطلاق والعتاق فى الاضافة الى الجزء الشائع سهو كما فى البحر ومما الحق بالصريح كما فى البدائع ان يقول وهبت لك نفسك اووهبت نفسك منك اوبعت نفسك منك يعتق سواء قبل او لم يقبل نوى اولم ينو وزاد فى الخانية تصدقت بنفسك عليك واما لو قال بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول (و) كذا يصح الاعتاق (بكنايته) من الالفاظ عطف على قوله بصريحه (ان نوى) العتق بها للاشتباه والاحتمال (كلاملك لى عليك اولاسبيل) لى عليك اوالبك (اولارق) لى عليك (اوخرجت من ملكى اوخليت سبيلك) لانه يحتمل نفى الملك ونفى السبيل وتخلية السبيل بالبيع والكتابة كما يحتمل العتق واذا نواه تعين ولوقال لعبده اذهب حيث شئت من بلاد الله لايعتق وان نوى لانه يفيدزوال اليد فلايدل على العتق كما فى المكاتب كما فى الدرر (لوقال لامته اطلقتك) ان نوى به العتق تعتق لانه بمعنى خليت سبيلك (ولوقال) لامته (طلقتك لاتعتق وان نوى) وقال الشافعى تعتق بصريح لفظ الطلاق وكنايته لان الاعتاق هوازالة ملك الرقبة والطلاق ازالة ملك المتعة فيجوزاطلاق كل واحد منهما على الآخر مجازا ولنا ان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هودون حقيقته لاعما هوفوقه فلهذا امتنع فى المتنازع فيه واتسع فى عكسه كما فى الهداية فلوقال فرجك على حرام اوانت على حرام يريد العتق لم تعتق لان اللفظ غير صالح له فهو كما لوقال لها اقومى واقعدى ناويا للعتق (وكذا) اى كطلقتك فى الحكم (سائر الفاظ صريح الطلاق وكنايته) حتى لوقال اختارى فاختارت نفسها ونوى العتق لاتعتق كما فى اكثر المعتبرات الا انه استثنى منها فى النهر نقلا عن البدائع امرك بيدك اواختارى فانه يقع به العتق بالنية لكن ان هذا من كنايات التفويض لامن كنايات الطلاق والكلام فى عدم العتق بكنايات الطلاق تأمل وفى المحيط لوقال لامته امرك بيدك واراد العتق فاعتقت نفسها فى المجلس عتقت والافلا وفى البدائع ولوقال امر عتقك بيدك اوجعلت عتقك فى يدك اوقال لها اختر العتق اوخيرتك فى عتقك اوفى العتق لايحتاج فيه الى النية لانه صريح لكن لابد من اختيار العبد العتق فيتوقف على المجلس لانه تمليك كما فى البحر وقال الباقانى وفى العبارة نوع تسامح لان من جملة كنايات الطلاق اطلقتك وقد مر انه يقع به العتق ان نوى ويجاب بان هذا فى حكم المستثنى انتهى لكن الاولى ان يجاب بانه كناية فيهما والممنوع استعارة ما كان من الفاظ الطلاق خاصة صريحا او كناية تدبر (فلوقال انت لله اوانك لله لايعتق) عند الامام وان نوى لانه صادق فى مقاله اذكل مخلوق لله فصار كقوله انت عبد الله (خلافالهما) فانه يعتق عندهما اذانوى لان معناه انت خالص لله وذابانتفاء ملكه عنه فصار كقوله لاملك لى عليك (ولوقال) للاصغر اوالاكبر سنا (هذا ابنى اوابى عتق بلانية) عند الامام (وكذا) اى يعتق بلانية لوقال لامته (هذه امى) لان المقر له ان كان يولد مثله لمثله وهو مجهول النسب يثبت نسبه منه وان لم ينو العتق وان لم يكن كذلك يكون هذا اللفظ مجازا عن الحرية ويعتق وان لم ينو لان المجاز متعين ولو كان كناية لاحتاج الى النية (وعندهما) وهو قول الائمة الثلثة (لا يعتق ان لم يصلح ان يكون ابناله اوابا) له (اوام) لان كلامه لغو لاستحالة موجبه فصار كقوله اعتقتك قبل ان اخلق بخلاف معروف النسب ومن يولد لمثله لان كلامه محتمل لجواز ان يكون مخلوقا من مائه بالوطئ عن شبهة واشتهر نسبه من الغير وله انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة فى المملوك سبب لحريته اما اجماعا اوصلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب شايع مجازا ولان الحرية ملازمة للبنوة فى المملوك والمشابهة فى وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لاوجه له فى المجاز فتعين الالغاء وهذا الاختلاف يبتنى على اصل وهو ان المجاز خلف عن الحقيقة فى حق التكلم عنده وخلف عن الحقيقة فى حق الحكم عندهما وهذا بحث طويل فليطلب من الاصول والمطولات (ولوقال

اصغيرهذا جدى لايعتق فى المختار) وقيل على الخلاف (وكذالوقال هذا اخى) اى لايعتق فى ظاهر
الرواية اذالواسطة لم تذكر فلا مجاز وفاقا لان هذا الكلام لاموجب له فى الملك الابواسطة وهو
الاب فى الجد والاخ وهى غير ثابتة فى كلامه فتعذر ان يجعل مجازا فلوقال هذا جدى ابوابى او
هذا اخى لابى اوامى يعتق وفى الذخيرة لوقال لغلامه هذا عمى اوخالى يعتق بلاخلاف وكذا لوقال
لامته هذه عمتى اوخالتى وفرق بينهما فى البدايع بان الاخوة يحتمل الاكرام والنسب بخلاف العم
والخال لانه لايستعمل للاكرام عادة (او) قال (لعبده هذا بنتى) اولامته هذا ابنى قيل يعتق وقيل
لايعتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى (ولايعتق بلاسلطان لى عليك وان نوى)
فان السلطان هو الحجة قال الله تعالى اوليأتينى بسلطان مبين اى بحجة ويذكر ويراد به اليد
والاستيلاء يسمى به السلطان لقيام يده واستيلائه فصاركانه قال لاحجة لى عليك ولو نص عليه
لم يعتق وان نوى وكذا هذا وقيل يعتق ان نواه وهوقول الائمة الثلثة (ولا) يعتق ايضا (بيا ابى
ويا اخى) فى ظاهر الرواية وفى التحفة واما فى النداء اذا قال يا ابنى يا بنتى يا امى فانه لايعتق الااذا نوى
لان النداء لايراد به ماوضع له اللفظ انما يراد به استحضار المنادى الااذا ذكر اللفظ الموضوع للحرية
كقوله ياحر يعتق لان فى الموضوع لا يعتبر المعنى انتهى فعلى هذا الاينبغى الجمع بقوله لاسلطان لى لانه
لايعتق وان نوى كامر الاان يقال ياابى لاصغر ويا ابنى لاكبر سنامنه فلا يعتق عندهما وان نوى
لان امكان المعنى الحقيقى فى الجملة شرط لصحة المجاز عندهما فلايمكن فيهما لتعذرالاصل لكن يرد
على قول الامام مطلقا وعلى قولهما فى صورالامكان كقوله يااخى وقوله لاصغريا ابى ولا كبريا ابنى
الاان يكون معروف النسب فلاامكان ايضا تدبر ومثله لوقال ياجدى ياعمى اولامته ياعمتى ياخالتى
يااختى وفى الكافى ولوقال يا ابن لايعتق لانه صادق فى مقاله فانه ابن ابيه وكذا لوقال يابنى اولامته
يابنية لان هذا لطف واكرام لانه تصغير الابن والبنت بلااضافة والامر كما اخبر فلايعتق (او)
قال (انت مثل الحر) لانه اثبت المماثلة وهى تكون عامة وقد تكون خاصة فلايعتق بلا نية بالشك
كما فى الكافى وغيره حتى قال فى البحر وهو يفيد انه من الكنايات يقع به العتق بالنية لكن اطلاق المتن
يقتضى عدم العتق وان نوى كما فى الاختيار وغيره والافقوله (وقيل يعتق) اى ان نوى مستدرك
تدبر (ولوقال ما انت الاحر عتق) لان الاستثناء من النفى اثبات على وجه التأكيد ككلمة الشهادة
وفى المحيط لوقال ما انت الامثل الحر لايقع ولوقال لحرة انت حرة مثل هذه يعنى امته تعتق امته ولوقال
انت حرة مثل هذه الامة لم تعتق امته وفى الخانية لوقال لثوب خاطه مملوكه هذه خياطة حر لايعتق مملوكه
لانه يراد به التشبيه ولوقال كل عبد فى الدنيا اوفى الارض اوفى بلخ او فى هذه السكة اوفى هذا الجامع حر
وعبده فيها لايعتق عند ابى يوسف الاان ينوى عبده وقال محمد يعتق والفتوى على قول ابى يوسف
كما فى اكثر المعتبرات ولوقال كل عبد فى هذه الدار حر وعبده فيها يعتق فى قولهم جميعا ولو
قال ولد آدم كلهم احرار لا يعتق عبده فى قوله وفى الجوهرة ولوجمع بين عبده وبين مالايقع
عليه العتق كالبهيمة والحائط فقال عبدى هذا حر اوهذا اوقال احدكما حر عتق العبد عندالامام
وعندهما لا وان قال لعبده وعبد غيره احدكما حر لم يعتق اجماعا الابالنية وفى الشمنى نقلا عن المرغينانى
نذر الى عشر جوار فقال ان اشتريت جارية منكن فهى حرة فاشترى جاريتين صفقة واحدة
احديهما لنفسه والاخرى لغيره لم تعتق واحدة منهما قال والمعنى فيه غموض وفى الخانية ولوقال لعبده
قد اعتقك الله عتق وان لم ينو وهو المختار ولو قال العتاق عليك يعتق ولوقال عتقك على واجب
لايعتق (ومن ملك) مبتدأ خبره قوله الآتى عتق عليه (ذا رحم محرم) يعنى محرميته بالقرابة
لا بالرضاع حتى لوملك ابن عمه وهى اخته رضاعا لايعتق (منه) اى من مالك (عتق عليه) وتحقيقه
ان القرابة اقسام قريبة كالولادة وحكمها العتق بالاتفاق خلافا لاصحاب الظواهر فانهم يقولون

لايعتق عليه لكن يلزمه ان يعتق وبعيدة كبني الاعمام والاخوال وحكمها عدم العتق بالاتفاق لانها بعدت ولم يؤثر في حرمة النكاح فلم يعتق بالملك ومتوسطة كالقرابة المتأبدة بالمحرمية وتفسيره كل من حرم نكاحه على التأبيد لاجل النسب فالشافعي الحق المتوسطة بالبعيدة ويقول العلة في الولادة البعضية اذ الاصل ان لايخالف البعض الكل ونحن نلحقها بالقريبة ونستدل بقوله عليه الصلاة والسلام من ملك ذارحم محرم فهو حر اوعتق عليه وفيه دليل على ان سبب العتق الملك مع القرابة المتأبدة بالمحرمية فان مثل هذا في لسان صاحب الشرع لبيان السبب كما قال عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وقال الله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهذا لان حرمة المناكحة ثبتت بهذه القرابة لمعنى الصيانة عن ذلك الافتراش والاستخدام قهرا وملك اليمين ابلغ في الاستذلال من الاستفراش وهذا معنى قولهم هذه قرابة صينت عن ادنى الذلين فلان يصان عن اعلاهما اولى كما في المستصفى (ولو) وصلية (كان المالك صغيرا او مجنونا) او كافرا لعموم العلة لكن يشترط كونه في دار الاسلام حتى لو ملك قريبه في دار الحرب او اعتق المسلم عبده فيها لايعتق خلافا لابي يوسف وكذا اذا اعتق الحربي عبده فيها كما في الايضاح هذا اذا كان العبد حربيا اما لو كان مسلما او ذميا فعتق الحربي فيها عتق اجماعا كما في الجوهرة (والمكاتب يتكاتب عليه قرابة الولاد فحسب) كما اذا اشترى المكاتب اباه او امه يتكاتب عليه واذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لايتكاتب عليه لانه لاملك له في الحقيقة وانما له التكسب خاصة وقرابة الولاد تجب مواساتها بالتكسب دون غيرها من الاقارب وكذا التكاتب (خلافا لهما) اي اذا اشترى المكاتب اخاه ومن يجري مجراه يتكاتب عليه وهو رواية عن الامام لانه لو كان حرا اعتق عليه فاذا كان مكاتبا يتكاتب عليه كقرابة الولاد (ومن اعتق لوجه الله تعالى عتق) وهو ظاهر (وكذا يعتق (لو اعتق للشيطان او للصنم) لان الاعتاق هو الركن المؤثر في ازالة الرق وصفة القربة لاتأثير لها في ذلك (وان) وصلية (عصى) لان ذلك من فعل الكفرة وعبدة الاصنام حتى ان فعل المسلم كفر به عند قصد التعظيم (وكذا) يعتق (لو اعتق مكرها) لافرق بين اكراه الملجئ وغيره لصدور الركن من الاهل في المحل وكذا لو اعتق هزلا (او سكران) يعني من محرم لانما طريقه مباح والذي لم يقصد السكر من مثلث ومن حصل له بغذاء او دواء كما في البحر فعلى هذا لو قيد بسبب محظور لكان اولى تدبر (ولو اضاف) اي عاق (العتق الى ملك) بان قال ان ملكتك فانت حر وفيه خلاف الشافعي (او) اضاف (الى شرط) كان دخلت الدار فانت حر (صح) ويقع العتق اذا وجد الشرط وفي البحر والتعليق بامر كائن تنجيز فلو قال لعبده ان ملكتك فانت حر عتق للحال بخلاف قوله لمكاتبه ان انت عبدي فانت حر لايعتق قال ابو الليث وبه نأخذ لان في الاضافة قصورا ومن مسائل التعليق اللطيفة ما في الظهيرية رجل قال لامته اذا مات والدي فانت حرة ثم باعها من والده ثم تزوجها ثم قال لها اذا مات والدي فانت طالق ثنتين فمات الوالد كان محمد رحمه الله يقول لاتعتق ولاتطلق ثم رجع وقال لايقع طلاق ولا عتاق والمسئلة على الاستقصاء في المبسوط انتهى (ولو خرج عبد حربي الينا) حال كونه (مسلما عتق) وفي الزاهدي اذا خرج مراغما لانه مسلم استولى على مال الكافر وهو نفسه فيملكها وروى ان عبيد اهل الطائف خرجوا الى النبي عليه الصلاة والسلام مسلمين فطلب اصحابه رضي الله تعالى عنهم قسمتهم فقال هم عتقاء الله (والحمل يعتق بعتق امه) اذ هو متصل بها فهو كسائر اجزائها وقال صاحب التنوير اذا ولدته بعد عتقها لاقل من نصف حول شرط لكونه يعتق مقصودا لابطريق التبعية حتى لاينجر ولاؤه الى موالى الاب وان ولدته لستة اشهر فاكثر فانه يعتق بطريق التبعية فحينئذ ينجر الولاء الى موالى الاب كما في شرح الوقاية وينبغي حمل قول الكنز على الاول وهو ما اذا ولدته لاقل من ستة اشهر ليكون عتقه بطريق الاصالة دفعا للزوم التكرار

لانه سيذكر ان الولد يتبع الام فى الحرية والتبعية انما تكون اذا ولدته لستة اشهر فاكثر فيحمل عليه
ويمكن حمل الحرية فى كلامه على الحرية الاصلية فلا اشكال ولا تكرار ومثله فى البحر (وصح اعتاقه)
اى الحمل (وحده) لانه نفس من وجه ولهذا صحت الوصية به والارث بخلاف بيعه وهبته وحده
اذ التسليم شرط فيهما لكن لا يعتق الحمل ما لم يولد لانه مشروط بان يكون بين الاعتاق والولادة
اقل من ستة اشهر الا فى المسئلتين احديهما ان تكون الامة معتدة عن طلاق او وفاة فتلده من سنتين
من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة اشهر من وقت الاعتاق فحينئذ يعتق لانه كان موجودا حين
اعتقه بدليل ثبوت نسبه وثانيهما اذا كان حملها توأمين فجاءت باولهما الاقل من ستة اشهر والآخر
لاكثر منهما عتقا جميعا لانهما حمل واحد (ولا تعتق امه به) اى باعتاق الحمل لان المولى لم يعتقها
صريحا والام لا تتبع الولد لما فيه من قلب الموضوع (والولد يتبع امه فى الملك والرق والحرية
والتدبير والاستيلاد والكتابة) لاجماع الامة ولان ماءه مستهلك بمائها فيرجح جانبها لانه متيقن به
من جهتها ولهذا يثبت نسب ولد الزنا وولد الملاعنة منها حتى ترثه ويرثها (وولد الامة من سيدها حر)
لانه يخلق من مائه وقد تعلق على ملكه فيعتق عليه وكذا ولد الامة من ابن سيدها او اب سيدها حر
كما فى البحر (و) ولدها حال كونه (من زوجها ملك لسيدها) لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت
المعارضة فرجح جانبها بالتقدم والزوج قد رضى برق ولده حيث اقدم على نكاح الامة فلهذا قالوا
فولد العامى من الشريفة ليس بشريف لان النسب للتعريف وحال الرجال مكشوف دون النساء
(وولد المغرور حر بقيمته) وهو ما اذا تزوج حر امرأة على انها حرة او اشترى امة على انها ملك البايع
فولدت كل منهما ولدا فظهر ان الاولى امة والثانية ملك لغير البايع فحينئذ يكون كل من الولدين
حرا بالقيمة لاجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم وكذا لو كان المغرور مكاتبا او مدبرا او عبدا عند
محمد وقال اولادهم ارقاء لحصولهم بين رقيقين فلا وجه لحريتهم

﴿باب عتق البعض﴾

اخره عن اعتاق الكل لان اعتاق الكل افضل واكثر ثوابا او لانه اكثر وقوعا (ومن اعتق بعض عبده)
سواء عين ذلك البعض بان قال ربعك حر او ابهمه بان قال بعضك حر لكن لزمه بيانه (صح) اعتاقه
فى ذلك البعض خاصة عند الامام (وسعى) العبد للمولى (فى باقيه) وفى المنافع اى زال ملكه
عن القدر ولم يرد به حقيقة العتق عند الامام وانما اريد به ثبوت اثره وهو زوال الملك واليه اشير فى المبسوط
فان قيل ازالة الملك لا تسمى اعتاقا كالبيع والهبة اجيب بانها تسمى بذلك باعتبار عاقبتها وترتب
العتق عليها بطريقه (وهو) اى معتق البعض بقدر ما تعين فى حق السعاية باختيارها المولى
(كالمكاتب) لان المستسعى عنده كالمكاتب فى جميع الاحوال الى ان يؤدى السعاية لان زوال الملك
عن البعض يقتضى ثبوت المالكية فى كله اذ لا يتمكن من التصرف مع بقاء الملك فى بعضه وبقاء الملك
فى البعض يمنع من المالكية فقلنا بالمالكية يدا لا رقبة عملا بالدليلين وهو حكم المكاتب والسعاية كبدل
الكتابة فله ان يستسعيه وله ان يعتقه اذ المكاتب محل الاعتاق (الا انه لا يرد فى الرق لو عجز) بخلاف
الكتابة المقصودة لان السبب ثمه عقد يحتمل الفسخ وهنا السبب ازالة الملك لا الى حد فلا يحتمل
الفسخ (وقالا يعتق كله ولا يسعى) بناء على ان العتق لا يتجزى بالاتفاق فكذا الاعتاق عندهما
وهو قول الائمة الثلثة لانه اثبات العتق كالكسر مع الانكسار فيلزم من عدم تجزى اللازم وهو العتق
عدم تجزى ملزومه وهو الاعتاق لكن الامام يقول الاعتاق ازالة الملك لانه ليس للمالك الا ازالة
حقه وهو الملك والملك متجزفكذا ازالته فاعتاق البعض اثبات شطر العلة فلا يتحقق المعلول الا ان
يتحقق تمام العلة وهو ازالة الملك كله كما فى اكثر المعتبرات وقال الزيلعى واصله ان الاعتاق يوجب
زوال الملك عنده وهو متجز وعندهما يوجب زوال الرق وهو غير متجز واما نفس الاعتاق او العتق
لا يتجزى بالاجماع لان ذات القول وهو العلة وحكمه وهو نزول الحرية فيه لا يتصور فيه

التجزي وكذا الرق لا يتجزى بالاجماع لانه ضعف حكمي والحرية قوة حكمية فلا يتصور اجتماعهما في شخص واحد فاذا ثبت هذا فابو حنيفة اعتبر جانب الرق فجعل كله رقيقا على ما كان وقد قال زال ملكه عن البعض الذي اعتقه ولم يكن ذلك البعض حرا وهما اعتبرا جانب الحرية فصار كله حرا (وان اعتق شريك) في عبد (نصيبه) منه كالنصف وغيره بلا اذن (فللآخر) اي للشريك الآخر (ان يعتق او يدبر او يكاتب) نصيبه ان شاء لان الاعتاق متجزئ عند الامام فنصيبه مملوك له (او يستسعي) اي يطلب الآخر سعاية العبد في قيمة نصيبه يوم العتاق ولو كان الآخر صبيا فان كان له ولي او وصي فالخيار له وان لم يكن نصب القاضي له وصيا او ينتظر بلوغه (والولاء لهما) اي المعتق والآخر بقدر نصيبهما لانهما المعتقان (او يضمن) الشريك الآخر (المعتق) يوم العتق لانه جنى على نصيبه بما منعه من التصرف فيه بما عدا العتاق وتوابعه وفيه اشارة الى ان الاعتبار في اليسار والاعسار ليوم العتاق فلو ايسر ثم اعسر لم يسقط الضمان بخلاف العكس ولو اختلفا في اليسار والاعسار يحكم الحال الا ان يكون بين الخصومة والعتق مدة يختلف فيها الاحوال فالقول للمعتق لانه منكر ولو اختلفا في القيمة يوم العتق فان كان قائما يقوم للحال وان كان هالكا فالقول للمعتق لانه منكر والى ان له خيار الاستسعاء والتضمين لكن لو اختار الاستسعاء لم يرجع الى التضمين كما لو اختار التضمين لم يرجع الى الاستسعاء وعنه انه يرجع الا اذا حكم به حاكم كما في المحيط والى انه اذا اشترك بين جماعة جاز ان يعتق بعضهم نصيبه ويختار بعض الضمان وبعض الاعتاق وبعض السعاية وكذا اذا مات الساكت فلورثته احدى الخيارات في ظاهر الرواية لانهم قائمون مقام مورثهم وروى الحسن عن الامام ليس لهم الا الاجتماع (لو) كان (موسرا) مالكا مقدار نصيب الساكت من المال والعرض سوى ملبوسه ونفقة عياله وسكناه كما في التبيين والظاهر منه انه لو لم يملك هذا المقدار لا يكون ضامنا بل ان شاء الآخر اعتق او استسعى ولا يرجع العبد بما يؤدي بالاجماع لانه ادى لفكاك رقبته وعن ابي يوسف انه يؤجر من رجل ولو صغيرا يعقل فاخذ من اجرته كما يجبر المديون وفي المختار ولو مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا ليس له الا التضمين ولو مات المعتق يؤخذ الضمان من ماله ان كان العتق في الصحة وان في المرض فلا شيء في تركته بل يسعى العبد عنده وعن محمد يؤخذ من تركته وهو رواية عن ابي يوسف (ويرجع به) اي بما ضمنه (المعتق على العبد) لقيامه باداء الضمان مقام الآخر وقد كان للآخر الاستسعاء (والولاء) كله (له) لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان (وقالا ليس للآخر الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار) وليس له السعاية غنيا ولا الاعتاق غنيا او فقيرا اذ الاعتاق لا يتجزى عندهما (ولا يرجع المعتق على العبد لو ضمن والولاء له) اي المعتق (في الحالين) ومبنى هذا الخلاف على اصلين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على ما قررناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع استسعاء العبد عنده ويمنع عندهما لقوله عليه الصلاة والسلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا يسعى في حصة الآخر قسم اي النبي عليه الصلاة والسلام هذا الحكم والقسمة تقتضي قطع الشركة وله ان مالية نصيبه احتبست عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه وعند الائمة الثلاثة في الموسر كقولهما وفي المعسر يبقى ملك شريكه كما كان فله بيعه وهبته وعنقه سوى السعاية (ولو شهد كل منهما) اي الشريكين الحاضرين (باعتاق شريكه) نصيبه فانكر كل منهما على صاحبه (سعى) العبد (لهما) اي لكل واحد منهما (في حظهما) مطلقا موسرين كانا او معسرين او احدهما موسرا والآخر معسرا عند الامام لان كلا منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فكان كالمكاتب

وحرم عليه استرقاقه فيصدق كل منهما في حق نفسه فتعين السعاية لهما وانما لم يجب التضمين مع اليسار لانكاره الاعتاق (والولاء) يكون (بينهما كيف ما كانا) لان كلا منهما يقول عتق نصيب شريكي باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي فيكون الامر في حقهما على مازعما ولهذا لا يعتق من العبد شيء حتى يوفيهما السعاية (وقالا يسعى للمعسرين) لان كلا منهما يدعي السعاية هنا لانه يقول شريكي اعتق اذ هو معسر (لا) اي لا يسعى (للموسرين) لان كلا منهما يتبرأ من السعاية ويدعي الضمان على شريكه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ولا ضمان على شريكه لانه ينكر سببه ولا بينة للمدعي (وان) كان (احدهما موسرا والاخر معسرا يسعى للموسر فقط) لان الموسر يدعي السعاية دون الضمان وهي له والمعسر لما ادعى الضمان على صاحبه فقد تبرأ عن السعاية ولا يثبت الضمان لانكار سببه (والولاء موقوف في) كل (الاحوال) اي في يسارهما واعسارهما ويسار احدهما واعسار الآخر (حتى يتصادقا) لان الولاء للمعتق وكل واحد منهما يزعم ان صاحبه هو المعتق وينفي الولاء عن نفسه فلهذا توقف الولاء الى ان يتفقا على اعتاق احدهما وفي الفتح فلو مات قبل ان يتفقا وجب ان يأخذه بيت المال (ولو علق احدهما) من الشريكين (عتقه) اي العبد المشترك (بفعل غد) فقال ان دخل فلان هذه الدار غدا فهو حر (والاخر بعدمه فيه) فقال ان لم يدخل فهو حر ولو قال في وقت مكان قوله غدا لكان اشمل لانه لا فرق بين الغد او اليوم او الامس كما في البحر (فمضى) الغد (ولم يدر) انه دخل ام لا (عتق نصفه) اي العبد مجانا للتيقن بحنث احدهما (وسعى في نصفه لهما) عند الامام لانه لا مجال لواحد منهما ان يقول لصاحبه ان النصف الباقي هو نصيبي والساقط هو نصيبك (مطلقا) اي موسرين او معسرين او مختلفين (وعندهما ان كانا موسرين فلا سعاية) لما مر (وان كانا معسرين ففي نصفه) اي يسعى العبد في نصفه (عند ابي يوسف) كما هو كذلك عند الامام (و) يسعى (في كله عند محمد) لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول فلا يمكن القضاء على المجهول فيسعى لهما (وان كانا مختلفين) بان كان احدهما موسرا والاخر معسرا (يسعى للموسر فقط في ربعه عند ابي يوسف و) يسعى (للموسر في نصفه عند محمد) لما قررناه (ولو حلف كل) واحد منهما (بعتق عبده) على حدة فقال احدهما ان دخل فلان الدار غدا فعبدي حر فقال الآخر ان لم يدخل فلان الدار فعبدي حر (والمسئلة بحالها) اي فمضى الغد ولم يدر انه دخل ام لا (لا يعتق واحد) من العبدين اجماعا لان الجهالة في المقضي له والمقضي عليه فيمتنع القضاء لتفاحش الجهالة وفي العبد الواحد المقضي له بسقوط نصف السعاية معلوم وهو العبد والمقضي به وهو سقوط نصف السعاية معلوم ايضا والمجهول واحد وهو الحانث فغلب المعلوم المجهول وقيد بكون المعلق متعددا لانه لو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق العبد وطلقت المرأة لان باليمين الاولى صار مقرا بوجود شرط الطلاق وباليمين الثانية صار مقرا بوجود شرط العتق وقيل لم يعتق ولم تطلق وتمامه في البحر فليطالع (ومن ملك ابنه) او غيره من ذي رحم محرم حال كون المالك شريكا (مع) شخص (آخر بشراء او هبة او صدقة او وصية عتق حظه منه) نصفا او غيره (ولا يضمن) الاب لشريكه ولو موسرا عند الامام لانه رضي بافساد نصيبه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا او دلالة وذلك لانه شاركه فيما هو علة العتق وهو شراء لان شراء القريب اعتاق (ولشريكه) الخيار بين (ان يعتق) نصيبه (او يستسعي) ابقاء على ملكه كالمكاتب كما مر (سواء علم الشريك انه ابنه او لا) وهو ظاهر الرواية عنه لان سبب الرضاء يتحقق وان لم يكن عالما به ولان الحكم يدار على السبب وعنه انه ضمن اذا لم يعلم ولو وصل قوله سواء الى آخره بقوله ولا يضمن لكان انسب كما في اكثر الكتب تدبر (وقالا يضمن الاب) نصيب الشريك

(ان كان) الاب (موسرا) وهو قول الائمة الثلثة لان شراء القريب اعتاق على الاصل فقد افسد نصيب الشريك بالاعتاق فصار العبد بين اثنين اعتق احدهما نصيبه (وعند اعساره) اى الاب (يسعى الابن) فى نصيب الشريك لاحتباس ماله عند العبد وعند الائمة الثلثة بقى ملكه باع اوفعل به ماشاء كما مر (وكذا الحكم والخلاف) بين الائمة (لوعلق عتق عبد) لم يقل عتقه لعدم التأثير لخصوصية الابن ولا لكونه ذا رحم محرم كما فى الاصلاح (بشراء بعضه) بان قال لعبد الغير ان ملكت شقصا منك فانت حر (ثم اشتراه) اى ذلك العبد (مع) رجل (آخر) بالاشتراك (اواشترى نصف ابنه) ولوقال نصف قريبه لكان اشمل (ممن يملك كله) اى كل الابن حيث لايضمن لبايعه موسرا اومعسرا عند الامام لان البايع شاركه فى العلة وهو البيع وهذا لان علة دخول المبيع فى ملك المشترى الايجاب والقبول وقدشاركه فيه فللبايع الخيار ان شاء اعتق و ان شاء استسعى وقالا ان كان القريب المشترى موسرا يجب عليه الضمان و قيد بكونه ممن يملك ابنه لانه لو اشترى نصف ابنه من احد الشريكين و هو موسر لزمه الضمان بالاجماع اما عندهما فظاهر واما عنده فلان الشريك الذى لم يبع لم يشاركه فى العلة فلايبطل حقه بفعل غيره كما فى التبيين (ولواشترى الاجنبى نصفه) اى الابن (ثم) اشترى (الاب باقيه) حال كونه (موسرا ضمن الشريك) اى فللاجنبى الخيار ان شاء ضمن الاب لانه لم يرض بافساد نصيبه (او) ان شاء (استسعى) الابن فى حظه لاحتباس ماليته عنده وهذا عند الامام (وقالا يضمن الاب فقط) لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما كما مر (ولوملكاه بالارث فلاضمان اجماعا) لعدم الاختيار فيه كما اذا كان لرجلين عم وله جارية فزوجها احدهما فولدت ولدا ثم مات العم فورثاه عتق الولد على الاب ولاضمان عليه لانه ملك بالارث بخلاف مااذا استولد امة بالنكاح ثم ورثها مع غيره لان المستولد ثمه يصير متملكا من شريكه نصيبه وضمان التملك لايعتمد الصنع كما فى الكافى (عبد لموسرين) بكسر الراء وهو ثلثة نفر لكن تقييده بيسار الثلثة ليس بمفيد لان الاعتبار بالمدبر والمعتق واما الساكت فلااعتبار بحاله من اليسار والاعسار كما فى البحر (دبره احدهم) نصيبه (و اعتقه آخر) نصيبه والثالث ساكت (ضمن) بالتشديد (الساكت مدبره) اى له ان يختار له تضمين قيمة نصيبه فان اختاره ضمن المدبر لاالمعتق (و)ضمن (المدبر معتقه ثلثه) اى ثلث قيمته حال كونه (مدبرا لا) اى لايضمن المدبر معتقه (ماضمن) اى لايضمن قيمة ماملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلايظهر فى حق التضمين هذا عند الامام لان التدبير متجز عنده كالاعتاق فيقتصر على نصيبه لكنه افسد نصيب شريكيه فاحدهما اختار اعتاق حصته فتعين حقه فيه فلم يبق له اختيار امر آخر كالتضمين وغيره ثم للساكت توجه سببا ضمان التدبير والاعتاق لكن ضمان التدبير ضمان معاوضة لانه قابل للانتقال من ملك الى ملك وضمان المعاوضة هو الاصل فيضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمة العبد مدبرا وفى البحر لو كان بين اثنين دبره احدهما ثم حرره الآخر فللمدبر تضمين المعتق ثلثه مدبرا ان كان موسرا وفى عكسه ان يستسعى المدبر العبد فى نصف قيمته مدبرا لانه بالتدبير اختار ترك الضمان ولولم يعلم ايهما اول فان للمدبر تضمين المعتق ربع القيمة واستسعى العبد فى ربع القيمة ويرجع المعتق بما ضمن على العبد وكذا لوصدر الاعتاق والتدبير منهما معا عند الامام (والولاء ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق) لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار كما فى الهداية وفى الغاية ومراده انه بينه و بين عصبة المدبر والمعتق لان العتق لايثبت للمدبر الابعد موت مولاه لكن قال فى الفتح وهو غلط و بين وجهه فليطالع (وقالا ضمن مدبره شريكيه) لان التدبير كالاعتاق لايتجزى عندهما فحين دبره احدهم صار الكل مدبرا له ولايصح اعتاق الاخر لمصادفته ملك الغير فيضمن ثلثى قيمته لشريكيه (و لو معسرا) لانه ضمان تملك

فلا يختلف بالاعسار واليسار بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان جناية وعند الائمة الثلاثة يضمن المعتق ثلثي قيمته لهما لو موسرا ولو معسرا لا يعتق نصيبهما (والولاء كله له) اى للمدبر وهذا ظاهر (وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا) وعليه الفتوى كما في اكثر المعتبرات لان منافع المملوك ثلثة الاستخدام والاسترباح بواسطة البيع وقضاء الدين بعد موت المولى وبالتدبير يفوت الاسترباح وبقي له آخران وفي صدر الشريعة ومن المنافع الوطئ ورده بعض الفضلاء بان العبد المدبر ليس فيه منفعة الوطئ واجاب بان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد والوطئ متحقق في جنس بني آدم انتهى لكن بقي ههنا كلام وهو ان الوطئ من قبيل الاستخدام تدبر وفي الفتح يسئل اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيع هذا فائتة المنفعة المذكورة كم يبلغ فاذكر فهو قيمته وهذا حسن عندي وقيل قيمته قنا وهو غير سديد وقيل نصف قيمته قنا وقيل تقوم خدمته مدة عمره حزرا فيه فما بلغت فهي قيمته (ولو قال لشريكه هي) اى الامة (ام ولدك وانكر) الشريك ذلك (تخدمه) اى تخدم الامة المنكر (يوما وتوقف) اصله تتوقف فحذفت احدى التائين (يوما) اى لا تخدم احدا يوما ولا سعاية عليها للمنكر ولا سبيل عليها للمقر وهذا عند الامام لان المقر اقر ان لا حق له عليها فيؤخذ باقراره والمنكر يزعم انها كما كانت فلا حق له الا في نصفها ولو مات المنكر عتقت وتسعى في نصف قيمتها لورثة المنكر (وقالا للمنكر ان يستسعيها في حظه ان شاء ثم تكون حرة) كلها لانه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه كانه استولدها فتعتق بالسعاية وذكر في الاصل رجوع ابي يوسف الى قول الامام فعلى هذا ينبغي للمصنف ان يبين فيقول في قوله الاول تدبر ولم يتعرض لنفقتها وكسبها وجنايتها وفي المختلف من باب محمد ان نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ولم يذكر خلافا وقال غيره نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف قيمتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهو الاليق بقول الامام وينبغي على قول محمد ان لا نفقة لها عليه اصلا واما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وعلى قول الامام جنايتها موقوفة الى تصديق احدهما صاحبه كما في الفتح (وما) نافية (لام ولد تقوم) اى ليس لها قيمة لقوله عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها ومقتضى الحرية زوال التقوم (فلا يضمن موسر اعتق نصيبه منها) اى ام الولد يعني اذا كانت امة بين رجلين فولدت ولدا فادعياه فصارت ام ولد لهما فاعتقها احدهما وهو موسر لا يضمن حصة شريكه عند الامام بناء على عدم تقومها (وعندهما) والائمة الثلاثة (هي متقومة) كالمدبرة ولهذا لو قال كل مملوك لي حر اليوم يدخل فيه ام الولد (فيضمن حصة شريكه منها) في الصورة المذكورة بناء على تقومها

﴿باب العتق المبهم﴾

(رجل له ثلثة اعبد قال) في صحته (لاثنين عنده احدكما حر فخرج احدهما) وثبت الآخر (ودخل الآخر) اى الثالث (فاعاد القول) اى قال احدكما حر يؤمر بالبيان ان كان حيا كما اشار اليه بقوله (ثم مات) المولى (من غير بيان) فان بدأ ببيان الايجاب الاول وقال عنيت به الثابت عتق وبطل الايجاب الثاني لانه بقي دائرا بين الحر والعبد في جواب ظاهر الرواية وان قال عنيت به الخارج عتق بالكلام الاول ويؤمر ببيان الايجاب الثاني لصحته لكونه دائرا بين العبدين وان بدأ بالثاني وقال عنيت به الثابت عتق الخارج بالايجاب الاول لان الايجاب الاول دائر بينهما فاذا اعتق الثابت بالايجاب الثاني تعين الخارج بالاول وان قال عنيت به الداخل عتق ويؤمر ببيان الايجاب الاول (عتق ثلثا رباع الثابت) عند المولى وسعى في ربعه (ونصف الخارج) بالاجماع (وكذا) يعتق (نصف الداخل) عند الشيخين لانه عتق نصف الثابت والخارج بالايجاب الاول الدائر بينهما ونصف الداخل بالايجاب الثاني الدائر بينه وبين الثابت وعتق ربع الثابت به لان النصف الذي اصاب الثابت شايع فما في الحرية بطل وما في الرق صح فينصف ذلك النصف فيعتق بعه به

وقال محمد ربعه) اي الداخل لان الايجاب الثاني لما اوجب عتق الربع من الثابت اوجبه من
الداخل لانه متنصف بينهما اوجب بان في الثابت ما نعا من عتق النصف به كما مر ولا مانع في الداخل
فان قيل يشكل هذا على اصلهما من عدم تجزي الاعتاق فالجواب ان عدم تجزيه اذا وقع في محل
معلوم والانقسام هنا ضروري فيتجزى بلا خلاف لكن في الفتح والتسهيل كلام فليطالع (ولو
قال) هذا القول (في مرضه) الذي توفي فيه ومات قبل البيان وقيمة العبد متساوية فان كان له
مال يخرج قدر المعتق من الثلث وذلك رقبة وثلثة ارباع رقبة عندهما ورقبة ونصف رقبة عنده
اولم يخرج ولكن اجازت الورثة فالجواب كما ذكرنا وان لم يكن له مال سوى العبيد (ولم يجز الورثة)
ذلك (جعل) عند الشيخين (كل عبد سبعة كسهام العتق) وبيانه ان حق الخارج في النصف
وحق الثابت في ثلثة الارباع وحق الداخل عندهما في النصف ايضا فيحتاج الى مخرج له نصف
وربع واقله اربعة فتعول الى سبعة فحق الخارج والداخل في سهمين وحق الثابت في ثلثة فبلغت
سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلابد ان يجعل سهام الورثة
ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وسهام السعاية اربعة عشر (و) حينئذ (عتق من
الثابت ثلثة) اسهم من الاسباع (ويسعى) للورثة (في اربعة ومن كل من الاخرين) اي الخارج
والداخل (اثنان) منها (وسعى كل منهما) للورثة (في خمسة) فيصير جميع المال احدا وعشرين
فيستقيم الثلث والثلثان (وعند محمد يجعل كل عبد ستة كسهام العتق عنده) لان حق الداخل
ربع فيجعل كل رقبة ستة وسهام السعاية اثنى عشر (و) حينئذ (يعتق من الثابت ثلثة) اسهم من
الاسداس (ويسعى في ثلثة و) يعتق (من الخارج اثنان) منها (ويسعى في اربعة و) يعتق (من
الداخل واحد) منها (ويسعى في خمسة) فيصير جميع المال ثمانية عشر فيستقيم الثلث والثلثان
ايضا وعند الائمة الثلثة يقرع بينهم وفي كثير من المسائل يتمسكون بالقرعة او يقوم الوارث مقامه
في البيان وروى عن احمد يقرع في الحيوة والممات (ولو طلق كذلك قبل الدخول) اي ان كانت له
ثلث زوجات مهرهن على السواء فطلقهن قبل الوطئ على الصفة المذكورة (ومات بلا بيان)
توزع حكم الطلاق عليهن باعتبار الاحوال وهنا احكام ثلثة حكم المهر والميراث والعدة اما
حكم الميراث فللداخلة نصفه والنصف بين الخارجة والثابتة نصفان وعلى كل منهن عدة الوفاة
احتياطا كما في الكافي واما حكم المهر فيقال (سقط ثلثة اثمان مهر الثابتة وربع مهر الخارجة
وثمن مهر الداخلة بالاتفاق) لان بالايجاب الاول سقط نصف مهر الواحدة منصفا بين الخارجة
والثابتة فسقط ربع كل واحدة ثم بالايجاب الثاني سقط اربع منصفا بين الثابتة والداخلة فاصاب
كل واحدة الثمن فسقط اثمان مهر الثابتة بالايجابين وسقط ثمن مهر الداخل وانما فرضت المسئلة
قبل الوطئ ليكون الايجاب الاول موجبا للبينونة فاصابه الايجاب الاول لايبقى محلا للايجاب الثاني
فيصير في هذا المعنى كالعتق كما في اكثر المعتبرات لكن فيه كلام قرره يعقوب باشا في حاشيته فليطالع
(هو) اي كونه بالاتفاق (المختار) قال صاحب الهداية هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط
ربعه وقيل هو قولهما ايضا وعلى هذه الرواية الفرق لهما ان الكلام الاول انما يعتبر تعليقا
في حق الداخل في حكم يقبل التعليق واما في حكم لايقبله يكون تنجيزا في حقه ايضا فالبراءة من
المهر لاتقبل التعليق فيكون تنجيزا بالنسبة اليه فثبت التردد في الكلام الثاني بين الصحة وعدمه
في حق فيتنصف بخلاف العتق فانه يقبل التعليق فلايكون الكلام الثاني مترددا في حقه فثبت
كله والكلام الوافي في الكافي (والبيع) صحيحا او فاسدا وان لم يسلم المبيع على الصحيح او بشرط
الخيار لاحدهما وكذا الايصاء والاجارة والتزويج (بيان في العتق المبهم وكذا العرض على
البيع والموت) والقتل (والتحرير) سواء كان التحرير منجزا او معلقا والمراد بالمنجز ما لانية له فيه

فان قال عنيت به الذى لزمنى بقولى احدكما حر صدق قضاء كما فى البحر (والتدبير والاستيلاد
والهبة والصدقة مسلمتين) الى الموهوب له اى ان قال احدكما حر فباع احدهما اومات احدهما
ودبر احدى امتيه بعد القول فكل من التصرفات المذكورة بيان ان المراد هو الاخر فان من حصل
له الانشاء لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير
والاستيلاد فتعين الاخر والهبة بالتسليم والصدقة به بمنزلة البيع لانه تمليك كما فى الدرر وغيره
لكن قيد التسليم ليس بشرط لان المساومة اذا كانت بيانا فهذه اولى بلا قبض بل وقع اتفاقا
وقيد بالعتق المبهم لان الموت فى النسب المبهم وامومية الولد المبهمة لا يكون بيانا كما فى المنح
(والوطئ) لاحدهما (ليس ببيان فيه) اى فى العتق المبهم عند الامام هذا اذا لم يحصل منه العلوق
اما اذا حصل فعتقت الاخرى بالاتفاق (خلافا لهما) اى قالا هو بيان فيعتق الاخرى وبه قال الشافعى
ومالك فى رواية لان الوطئ لايحل الا فى الملك واحد بهما حرة فكان بالوطئ مستبقيا الملك فى
الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما فى الطلاق وله ان الملك قائم فى الموطوءة لان الايقاع
فى المنكرة وهى معينة فكان وطئها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطئهما على مذهبه الا انه
لايفتى به كما فى الهداية وغيرها وفى الفتح ان الراجح قولهما وانه لايفتى بقول الامام لما فيه من ترك
الاحتياط مع ان الامام ناظر الى الاحتياط فى اكثر المسائل فعلى هذا ينبغى للمصنف ان يقدم قولهما
على قول الامام كما هو دأبه تأمل وقيد بالعتق المبهم لان الوطئ بالتدبير المبهم لايكون بيانا بالاجماع
وفيه اشعار بان التقبيل والمعانقة والنظر الى الفرج بشهوة لايكون بيانا بالاولى وعن ابى يوسف
انه بيان واما الاستخدام ولو كرها فلايكون بيانا بالاجماع (وفى الطلاق المبهم هو) اى الوطئ
وفى الفتح قال الكرخى يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطئ (والموت بيان) فمن كان له امرأتان
وقال هذه اوهذه اواحدهما طالق ثم وطئ احدبهما اوماتت تعين ان المراد هى الاخرى ولابد
ان يكون الطلاق بائنا اما فى الرجعى فلايكون الوطئ بيانا لطلاق الاخرى لحل وطئ المطلقة
الرجعية كما فى البحر فعلى هذا لو قيده بالبائن لكان اولى تدبر (وان قال لامته) ان كان (اول ولد
تلدينه ذكرا فانت حرة فولدت ذكرا انثى ولم يدر اولهما فالذكر رقيق و يعتق نصف كل من
الام والانثى) وهذه المسئلة على وجوه احدها ان يوجد التصادق بعدم العلم بالمولود اولا والجواب
ماذكر وهو كون الغلام رقيقا وعتق نصف الام والجارية لان كل واحدة منهما يعتق فى حال
بان ولدت الغلام اولا الام بالشرط والبنت تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق فى حال ان ولدت
البنت اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى فى نصف قيمتهما والغلام عبد بكل
حال تقدمت ولادته اوتأخرت لان ولادته شرط للعتق والحكم يعقب الشرط والثانى ان تدعى الام
ان الغلام اول والمولى منكر والبنت صغيرة فالقول للمولى و يحلف على علمه فاذا حلف لم تعتق
واحدة منهما الا ان تقيم الام البينة بعد ذلك على خلافه وان نكل عتقت الامة والبنت والثالث
ان يوجد التصادق بان الغلام هو الاول فتعتق الام والبنت دون الغلام والرابع ان يوجد التصادق
باولية البنت فلم يعتق احد والخامس ان تدعى الام اولية الغلام ولم تدع البنت وهى كبيرة فان المولى
يحلف فان حلف لم يعتق احد وان نكل عتقت الام فقط والسادس ان تدعى البنت فان نكل حيث
تعتق البنت فقط وهى من اغرب المسائل حيث تعتق البنت دون الام مع ان عتقها بتبعية الام
وهذه ماخوذة من الكافى وفى الفتح وهذا الجواب كما ترى فى الجامع الصغير من غير خلاف فيه
والمذكور لمحمد فى الكيسانيات فى هذه المسئلة انه لايحكم بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتقه
والاعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولايجوز ايقاع العتق بالشك فمن هذا حكم الطحاوى بان
محمدا كان اولا مع الشيخين ثم رجع لكن فى النهاية والبحر تفصيل فليراجع (ولا تشترط الدعوى

لصحة الشهادة على الطلاق وعتق الامة) حال كونها (معينة) لما فيهما من تحريم الفرج وهو حق الله تعالى فتقبل اتفاقا (وفي عتق العبد) الامة (غير المعينة تشترط) الدعوى لصحة الشهادة عند الامام لان العتق حق العبد فلا بد من الدعوى وهي لا تتحقق من المجهول وعتق المبهم لا يحرم الفرج عنده كما مر (خلافا لهما) لان المشهود به حق الشرع وعدم الدعوى لا يمنع قبول الشهادة وهذا لان المشهود به العتق وهو حق الشرع الا يرى انه لا يحتاج الى قبول العبد ولا يرتد برده (فلو شهدا) اي رجلان على زيد (بعتق احد عبديه) بغير عين (او امتيه لا تقبل) شهادتهما عند الامام (الا) ان يكون (في وصية) وهو استثناء منقطع لان صدر الكلام لم يتناوله كما في البحر اي ان شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيث ما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث كما في الهداية وفي الدرر تفصيل فليطالع (وعندهما) والائمة الثلاثة (تقبل) شهادتهما مطلقا وان تقدم الدعوى وفي الفتح لو شهدا بعد موته انه قال في صحته احد كما حر تقبل وهو الاصح اعتبار الشيوع (وان شهدا بطلاق احدى نسائه قبلت) شهادتهما بلا دعوى فيجبره القاضي على التعيين (اتفاقا) لتضمنه تحريم الفرج وهو حق الله تعالى وفي الكافي ولو شهدا انه حر رامة معينة وسماها فنسبا اسمها او شهدا انه طلق امرأة معينة وسماها ونسيا اسمها بطلت شهادتهما لاقرارهما على انفسهما بالغفلة ولو شهدا بعتقه وحكم بشهادتهما ثم رجعا عنه فضمنا قيمته ثم شهد آخران بان المولى كان اعتقه بعد شهادتهما لم يسقط عنه الضمان اتفاقا وان شهدا انه اعتقه قبل شهادتهما لم تقبل ايضا ولم يرجعا بما ضمنا عند الامام وعندهما تقبل ورجعا على المولى بما ضمنا ﴿باب الحلف بالعتق﴾

الحلف بالفتح وسكون اللام وكسرها القسم والمراد منه ان يجعل العتق جزاء على الحلف بان يعلق العتق بشئ (ومن قال ان دخلت الدار فكل مملوك) عبدا او امة (لي يومئذ حر) اي يوم اذ دخلت لان التنوين في يومئذ عوض عن الجملة المضاف اليها لفظة اذ ولفظ يوم ظرف لمملوك وكان التقدير كل من يكون في ملكي وقت الدخول حر كما في البحر وفي القهستاني قيل انه مخالف لما مر ان اليوم مع فعل ممتد للنهار ولانه لمطلق الوقت وفيه ان يومئذ مركب والمركب غير المفرد انتهى لكن في الفتح تفصيل وحاصله ان لفظ اذ لم يذكر الا كثيرا للعوض عن الجملة المحذوفة او عماد اله لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ولهذا لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لانه اضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول تدبر (يعتق بدخوله) اي الدار (من) هو (في ملكه) اي المعتق (عند الدخول سواء كان في ملكه وقت الحلف) واستمر الى وقت الدخول (او تجدد بعده) اي بعد الحلف لان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وهو حاصل فيهما (ولو لم يقل) في يمينه (يومئذ) بل قال ان دخلت الدار فكل مملوك لي حر (لا يعتق الا من كان في ملكه وقت الحلف) لان الشرط اعترض على الجزاء وهو العتق فيقتضي تأخر الجزاء الى وقت دخول الدار لا تأخر الملك فيعتق من بقي على ملكه الى زمان الدخول لا من ملكه بعده بخلاف الاولى لانه زاد يومئذ فيها ولا يفيد تلك الزيادة الا اذا انصرف يومئذ الى ما يملكه في المستقبل ولا فرق بين كون العتق معلقا او منجزا وسواء قدم الشرط او اخره وسواء كان التعليق بان او بغيرها كاذا ما او متى (وكذا) لا يعتق (او قال كل مملوك لي) او قال كل ما املكه (حر بعد غد) وله في الصورتين مملوك فاشترى آخر بعد الحلف ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لا الذي اشتراه بعده لان قوله كل مملوك لي يتناول ما ملكه زمان صدور هذا الكلام منه وقوله املكه للحال وانصرافه الى الاستقبال بقرينة السين او سوف فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد

فلايتناول ماملكه بعدالىمين ولو قال عنيت به ما استقبل ملكه عتق ماملكه للحال وما استحدث الملك كما اذا قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم ثم قال لى امرأة اخرى عنيتها طلقت المعروفة بظاهر اللفظ والمجهولة باعترافه كذا ههنا كما فى البحر (والمملوك لايتناول الحمل) لانه اسم لمملوك مطلق والجنين مملوك تبعا للام ولانه عضو من وجه والمملوك يتناول الانفس لاالاعضاء ولهذا لايملك بيعه منفردا ولايجزى عتقه عن الكفارة وفرع عليه بقوله (فلوقال كل مملوك لى ذكر حر وله) اى للقائل (امة حامل فولدت ذكرا لاقل من نصف حول منذ حلف لايعتق) كما بيناه وقوله لاقل من نصف حول ليس قيدا احترازيا لانه لافرق بين ان تلده لاقل من ستة اشهر اولاكثر بل المكون وجود الحمل وقت الحلف متيقنا (ولو) قال كل مملوك لى حر و(لم يقل ذكرا عتق) الحمل (تبعا لامه) لان لفظ المملوك يتناول الذكور والاناث حتى لوقال نويت الذكور دون الاناث لم يصدق قضاء وفى اطلاقه يشعر بان يعتق الحمل تبعا لامه مطلقا سواء ولدت لاقل من نصف حول اولاكثر وليس كذلك بل القياس يقتضى عتق الحمل اذا ولدت لاقل من نصف حول او وجود الحمل وقت الحلف بيقين والافلا لانه لايتيقن بوجود الحمل وقت الحلف على ذلك وقدتقدم ان قوله كل مملوك لى الحال تدبر (ولوقال كل مملوك لى حر بعد موتى صار من فى ملكه عند الحلف مدبرا لا) اى لايصير مدبرا (من ملكه بعده) اى بعد هذا القول لانه لما اضاف العتق الى الموت فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول المملوك فى الحال ويصير مدبرا من حيث تعليقه بالموت ولايجوز بيعه ولايتناول من ملكه بعده ولايصير هو مدبرا حتى لم يتحقق العتق فيجوز بيعه (لكن يعتق الجميع) اى من ملكه بعد الحلف وقبله (من الثلث عند موته) اما عتق الاول فلانه مدبر واما عتق الثانى فلان اضافة العتق الى الموت من حيث انه ايجاب بعد الموت يصير وصية فيتناول مايملكه بعد هذا القول لان المعتبر فى الوصايا الملك حالة الموت وقال ابويوسف فى النوادر يعتق الذى كان فى ملكه يوم حلف ولايعتق الذى ملكه بعد اليمين لان اللفظ حقيقة للحال فلايعتق به ماسيملكه ولهذا صار مدبرا دون الآخر

﴿باب العتق على جعل﴾

هو بالضم مايجعل للعامل على عمله والمراد منه هنا العتق على المال (ومن اعتق) بصيغة المجهول والنائب عن الفاعل ضمير من (على مال) نقدا وعرض اوحيوان ولوكان بغير عينه مكيل اوموزون معلوم الجنس ويلزمه الوسط فى تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسهما وان لم يسم الجنس بان قال انت حر على ثوب اوحيوان فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه كما فى البحر وعند الشافعى لايعتق فى المال المجهول (اوبه) اى بذلك المال بان قال انت اوهو حر على الف اوبالف (فقبل) العبد المال فى المجلس حاضرا اوغائبا فان كان حاضرا اعتبر مجلس الايجاب وان كان غائبا اعتبر مجلس علمه وقيد بقوله قبل لانه ان رد اواعرض عن المجلس بالقيام اوبالاشتغال بمايعلم به قطع المجلس بطل (عتق) فى الحال سواء ادى المال اولا لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق وفى البحر قال لعبده صم عنى يوما اوصل عنى ركعتين وانت حر عتق وان لم يصل ولم يصم ولوقال حج عنى وانت حر لايعتق حتى يحج (والمال) المشروط (دين) صحيح (عليه تصح الكفالة به) لكونه دينا على حر (بخلاف بدل الكتابة) حيث لم تصح الكفالة به لانه ثبت مع المنافى وهو قيام الرق (وان قال) المولى له (ان اديت الى الفا فانت حر او اذا اديت) بصيغة المجهول اومتى اديت الى الفا فانت حر (صار مأذونا) بالكسب (لامكاتبا) اى لايصير مكاتبا لانه صريح فى تعليق العتق بالاداء فلا يتوقف على قبوله ولايبطل برده والمولى بيعه قبل وجود شرطه ولومات وترك مالا فهو للمولى ولايؤدى عنه ويعتق ولومات المولى وفى يدالعبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد ولو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها تبعا بخلاف المكاتب وانما صار مأذونا لان المولى رغبه فى الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة

لا الكلالى فكان اذناله دلالة (ويعتق) العبد (ان ادى) المال كله بنفسه لانه او امر غيره بالاداء فادى لا يعتق بخلاف المكاتب كما فى المحيط (فى المجلس) لوجود المعلق به فلا يعتق مالم يؤد فى ذلك المجلس وفى البدايع لوادى مكان الدراهم دنانير لا يعتق بخلاف المكاتب (اوخلى) العبد (بين المولى وبين المال) بان وضعه فى موضع يتمكن المولى من اخذه (فيه) اى فى المجلس (فى التعليق بان) لانه لمجرد التعليق ليس له اثر فى الوقت فيتقيد بالمجلس خلافا لابى يوسف (و) يعتق (متى ادى او) متى (خلى) بينه وبينه (فى التعليق باذا) فلا يتقيد بالمجلس لان اذا للوقت كمتى فيعم الاوقات كما بين فى موضعه (ويجبر) اى الحاكم (المولى على القبض) ومعنى الاجبار فيه تنزيل الحاكم المولى منزلة القابض بالتخلية ويحكم بعتق العبد قبض اولا لا ماهو المفهوم من الاجبار عند الناس من الاكراه بالضرب وغيره وقال زفر يعتق بالقبض فلا يجب على المولى القبول ولا يجبر عليه وهو القياس (وان ادى) العبد (البعض يجبر) المولى (على القبض ايضا) اعتبارا للبعض بالكل وقال بعض المشايخ ان ادى البعض لا يجبر على القبول فعلى هذه الرواية ان ادى البعض بطريق التخلية لا ينزل المولى منزلة القابض لكن المختار انه يكون قابضا (الا انه لا يعتق مالم يؤد الكل) لان شرط العتق اداء الكل ولم يوجد فلا يعتق لهذا الا انه لم يصر قابضا فى حق البعض وفى التبيين هذا اذا كان المال معلوما وان كان مجهولا بان قال ان اديت الى درهما فانت حر لا يجبر على قبول المال لان مثل هذه الجهالة لا يكون فى المعاوضة فيكون يمينا محضا ولا جبر فيها (كما لو حط عنه البعض) بطلبه (فادى) العبد (الباقى) وكذا اذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط بخلاف المكاتب (ثم ان ادى) العبد (الفا كسبها) اى العبد (قبل التعليق رجع المولى عليه بمثلها) لان ما كسبه قبله مال استحقه المولى (ويعتق) لوجود شرط العتق وهو مطلق الالف كما لو غصب الف انسان فادى عتق ثم يرجع المغصوب منه عليه (وان) ادى العبد الفا (كسبها) اى العبد الالف (بعده) اى بعد التعليق (لا يرجع) المولى لانه مأذون من جهته بالاداء منه لكنه يأخذ الباقى لان مال المأذون فى التجارة للمولى وفى البحر ان اديت الى الفا فى كيس ابيض فاداها فى اسود لا يعتق ولو قال اذا اديت الى الفا هذا الشهر فانت حر واداها فى غيره لم يعتق وفى المكاتب لا يبطل الا بالحكم او التراضى (ولو قال) لعبده (انت حر بعد موتى بالف فان قبل) العبد (بعد موته) اى المولى (واعتقه الوارث) او الوصى او القاضى اذا امتنع الوارث (عتق) بالف (والا) اى وان لم يوجد المجموع وهو القبول بعد الموت واعتاق واحد من هؤلاء (فلا) يعتق بالالف وان جاز ان يعتقه الوارث مجانا وصرح الصدر الشهيد بان الاصح انه لا يعتق بالقول بل لا بد من اعتاق الوارث كذا فى الهداية فان قلت ينبغى ان يعتق حكما الكلام صدر من الاهل مضافا الى المحل وان كان الميت ليس باهل للاعتاق ولان القبول لم يعتبر فى حالة الحيوة فان لم يعتق بالقول بعد الوفاة الا باعتاق واحد منهم لا يكون معتبرا بعد الوفاة ايضا فلا يبقى فائدة لقبوله بعد الموت قلت اجيب عنه ان العتق الحكمى وان كان لا يشترط فيه الاهلية يشترط قيام الملك وقته وهنا قد خرج من ملك المعلق وبقى للوارث ومتى خرج عن ملكه لا يقع لوجود الشرط مع وجود الاهلية فما ظنك عند عدمها وقوله انه لا فائدة للقبول بعد الموت ممنوع لانه لولا القبول لم يصح اعتاق الوصى والقاضى لعدم الملك لهما ولم يلزم الوارث الاعتاق والحاصل ان المسئلة مختلف فيها فقال بعض المشايخ يعتق بالقبول بعد الموت من غير توقف على اعتاق احد وصحح المتأخرون انه لا يعتق بالقبول وفى الخانية والتبيين لو قال انت حر على الف بعد موتى ان القبول فيه للحال لكن فى البحر ليس بصحيح اذ لا فرق فى المسئلة بين ان يؤخر ذكر المال او يقدمه تأمل وقيد بقوله انت حر لانه لو قال انت مدبر على الف فالقبول فيه للحال فاذا قبل صار مدبرا ولا يلزمه المال لان الرق قائم والمولى لا يستوجب على عبده دينا الا ان يكون مكاتبا (ولو حرره على ان يخدمه

سنة فقبل) العبد (عتق) من ساعته لان هذا عتق على عوض والعتق على عوض يقع بالقبول قبل الاداء (وعليه ان يخدمه تلك المدة) المعينة والمراد من الخدمة الخدمة المعروفة بين الناس قيد بالمدة لانه لو حرره على خدمته من غير مدة عتق وعليه ان يرد قيمة نفسه لان الخدمة مجهولة وقيد بعلى ان يخدمه لانه ان قال ان خدمتنى سنة لا يعتق حتى يخدمه ويجوز بيعه قبل اتمامها لانه معلق بشرط ولو خدمه فى هذه الصورة اقل منها او اعطاه مالا عن خدمته لا يعتق وكذا لو قال ان خدمتنى واولادى سنة فمات بعض الاولاد لا يعتق والفرق ان كلمة ان للتعليق وعلى للمعاوضة (وان مات المولى) او العبد (قبلها) اى قبل الخدمة (لزمه قيمة نفسه) وتؤخذ من تركته ان كان الميت هو العبد عند الشيخين (وعند محمد) وزفر (قيمة خدمته) وانما قلنا او العبد لانه لا فرق بين موت المولى والعبد وفصل الزيلعى كل التفصيل فليراجع وقيد بموته قبل الخدمة لانه لو خدم بعض المدة كسنة من اربع سنين ثم مات فعلى قولهما عليه ثلثة ارباع قيمته وعلى قول محمد عليه قيمة خدمة ثلث سنين كما فى شرح الطحاوى وفى الحاوى وبقول محمد نأخذ (وكذا لو باع المولى العبد من نفسه بعين فهلكت) العين (قبل القبض يلزمه) اى العبد (قيمة نفسه) عند الشيخين (وعند محمد قيمة العين) الخلافية الاولى مبنية على خلافية هذه المسئلة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم العين بالهلاك يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد فصار نظيرا لها له انه معاوضة مال بغير مال لان نفس العبد ليست بمال فى حقه اذ لا يملك نفسه ولهما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال فى حق المولى (ومن قال لآخر اعتق امتك بالف درهم على ان تزوجنيها ففعل) اى اعتقها الآخر (وابت) اى امتنعت الامة عن (ان تتزوجه عتقت) الامة (فلا شئ عليه) اى على القائل لان اشتراط البدل على الاجنبى جائز فى الطلاق لا العتاق (ولو ضم) القائل (عنى) اى لو قال اعتق امتك عنى بالف والمسئلة بحالها (قسم الالف على قيمتها) اى قيمة الامة (ومهر مثلها) لو فرضنا ان قيمتها الف درهم ومهر مثلها خمسمائة فثلثا الالف حصة القيمة وثلثه حصة مهر مثلها (ولزمه) اى الآمر (حصة القيمة) وهى ثلثا الالف (وسقط) عنه (ما يخص المهر) لانه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء والبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجب حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع (ولو) لم تأبه و(تزوجته) اى الامة الآمر (فحصة المهر لها) اى الامة (فى الوجهين) اى فى صورتى ضم عنى وتركه (وحصة القيمة للمولى فى الثانى) اى فى صورة الضم (وهدر فى الاول) اى وحصة القيمة هدر فى صورة ترك الضم وقيد باشتراط التزوج من الاجنبى لانه لو اعتق المولى امته على ان يزوجه نفسها فزوجته فلها مهر مثلها عند الطرفين وعند ابى يوسف يجوز جعل العتق صداقا فان ابت فعليها قيمتها فى قولهم جميعا وهذا شامل للمدبرة والمكاتبة دون ام الولد لما قال فى البحر عن الخانية ام الولد اذا اعتقها مولاها على ان تزوج نفسها منه فقبلت عتقت فان ابت ان تزوج نفسها منه لا سعاية عليها انتهى وفى المنح يشكل على عدم وجوب السعاية هنا ما ذكروه فى مسئلة وجوب السعاية على ام الولد اذا اسلمت فكان ينبغى ان تسعى للمولى فى قيمتها لانه مغرور من قبلها انتهى لكن اسلام ام الولد لا يوجب العتق بل تعتق بالسعاية لئلا تكون تحت الكافر ولا مدخل للمولى فى اسلامها حتى تسقط بخلاف ما اذا ابت ان تزوج نفسها منه لان الاعتاق من قبله فافترقا تأمل

﴿ باب التدبير ﴾

هو تعليق العتق بمطلق موته كما فى الكنز وغيره وفى البحر فخرج بقيد الاطلاق التدبير المقيد كعتقه بموت موصوف بصفة وكذا التعليق بموته وموت غيره فخرج ايضا انت حر بعد موتى بيوم او شهر فهو وصية بالاعتاق فلا يعتق بعد عتق المولى الا باعتاق الوارث او الوصى وخرج بموته تعليقه بموت غيره كقوله ان مات فلان فانت حر فانه لا يصير مدبرا اصلا لا مطلقا ولا مقيدا فاذا مات فلان عتق

من غير شيء انتهى فبهذا ظهر ان ما قاله صاحب الدرر من انه هو تعليق المولى عتق مملوكه بالموت سواء كان موته او موت غيره مخالف تأمل وهو نوعان مطلق ومقيد فاشار الى الاول بقوله (المدبر المطلق من قال له مولاه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او) انت حر (يوم اموت) لان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت فيكون مدبرا مطلقا ولو نوى باليوم النهار دون الليل صحت نيته لانه نوى حقيقة كلامه فلا يكون مدبرا مطلقا لاحتمال ان يموت بالليل وانما هو مقيد فيعتق بموته نهارا اوله بيعه (او مع موتي) لان اقتران الشيء بالشيء يقتضي وجوده معه (او عند موتي او في موتي) فانه تعليق العتق بالموت ولابد من وجوده اولا وفي تستعار بمعنى حرف الشرط كما عرف في الاصول وقول الزيلعي تبعا للمحيط ان حرف الظرف اذا دخل على الفعل يصير شرطا تسامح وتمامه في المنح والحدث كالموت فلو قال ان حدث لي حدث فانت حر فهو مدبر وكذا اذا ذكر مكان الموت الوفاة او الهلاك لان المعنى واحد (او انت مدبر او قد دبرتك او ان مت الى مائة سنة) اى ان مت من هذا الوقت الى مائة سنة (وغلب موته فيها) بان يكون ابن ثمانين سنة مثلا فانه في الصورة مقيد وفي المعنى مطلق لان الغالب ان يموت في هذه المدة لان التعليق بما لا يعيش اليه المولى في الغالب كالتعليق بنفس موته وهو المختار خلافا لابي يوسف (او) قال (اوصيت لك بنفسك او) قال اوصيت لك (برقبتك) لان العبد لا يملك رقبة نفسه والوصية تقتضي زوال ملك الموصي وانتقاله الى الموصى له وانه في العبد حرية مثل قوله بعت نفسك منك او وهبتها لك (او) قال اوصيت لك (بثلث مالي) لانه يقتضي ملكه ثلث جميع ماله ورقبته من ماله فيملكها فيعتق وكذلك بسهم من ماله لانه عبارة عن السدس ولو قال لجزء من ماله لا يكون تدبيرا لانه عبارة عن جزء مبهم والتعيين الى الورثة فلا يكون رقبته داخلة في الوصية لا محالة كما في الاختيار (فلا يجوز اخراجه عن ملكه) بطريق من الطرق (الا بالعتق) والكتابة فلا يباع ولا يوهب ولا يرهن ولا يورث ولا يجعل بدل الصلح الا عند الشافعي فان عنده يجوز بيعه وغيره من التصرفات التمليكية كالمدبر المقيد (ويجوز استخدامه وكتابته واجارته و) الامة (التي جعلت مدبرة (توطأ وتزوج) اى يجوز للمولى ذلك ويجوز ان يزوجها جبرا عليها وكذا المدبر كما في البحر وفي التنوير والمولى احق بكسبه وارشه ومهر المدبرة لانه من الاكساب (واذا مات سيده) اى سيد المدبر (عتق) المدبر (من ثلث ماله) ان خرج من الثلث ماله (وان لم يخرج) العبد (من الثلث فبحسابه) اى بحسب ثلث ماله ويعتق بقدره ويسعى في باقيه (وان لم يترك) السيد (غيره) اى غير المدبر من المال (سعى في ثلثيه) هذا اذا كان للسيد وارث ولم يجزه ولو لم يكن له وارث او كان لكنه اجازه يعتق كله لانه في حكم الوصية فيقدم على بيت المال ويجوز باجازة الوارث ولكونه وصية او قتله المدبر فانه يسعى في جميع قيمته لانه لا وصية للقاتل وام الولد اذا قتلت مولاها تعتق ولا شيء عليها ان خطأ كما في شرح الطحاوي (وان استغرقه) اى المدبر (دين المولى سعى في كل قيمته) لانه لا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته والمراد من القيمة هنا القيمة مدبرا كما في اكثر المعتبرات قيد بكون الدين مستغرقا لان الدين لو كان اقل من قيمته فانه يسعى في قدر الدين والزيادة على الدين ثلثها وصية ويسعى في ثلثي الزيادة كما في شرح الطحاوي (واو دبر احد الشريكين وضمن نصف شريكه) قنا (ثم مات) المدبر (عتق نصفه بالتدبير وسعى في نصفه) لان نصفه على ملكه من غير تدبير عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا يعتق جميعه بالتدبير لان تدبير بعضه تدبير الجميع وهي فرع مسئلة التجزي وفي التنوير وولد المدبرة مدبر ان كان التدبير مطلقا واما مقيدا فلا وفيه اشارة الى ان ولد المدبر ليس مدبرا لان التبعية انما هي للام لا للاب ولو ولدت المدبرة من سيدها فهي ام ولده وبطل التدبير (والمقيد) عطف على قوله المطلق (من قال له ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا او الى عشر سنين او الى مائة سنة واحتمل عدم موته فيها) بان يكون

ابن خمسة عشرة سنة مثلا (فيجوز بيعه وهبته ورهنه) لان الموت على هذا الوجه ليس بقطعي
فلم ينعقد السبب في الحال واما الموت المطلق فكائن قطعا (فان وجد الشرط عتق عتق المدبر)
اي يعتق من الثلث كما يعتق المدبر المطلق منه لوجود الاضافة الى ما بعد الموت وزوال التردد وهذا
التشبيه ليس من وجوه حتى يرد ما قال بعض الفضلاء من ان التدبير اذا كان مطلقا ولزمه السعاية
يقوم المعتق مدبرا واذا كان مقيدا يقوم قنا فلا يكون عتق المدبر كعتق المطلق تأمل وفي الخانية رجل
صحيح قال لعبده انت حر قبل موتي بشهر فمات بعد شهر عتق من جميع ماله وهو الصحيح لان على
قول الامام يستند العتق الى اول شهر قبل الموت وهو كان صحيحا في ذلك الوقت وقيل من ثلث
ماله ولو مات قبل الشهر لا يعتق لانه مدبر مقيد وقيد بالصحيح لانه في المرض فيعتق من الثلث اجماعا
كما في النهاية وفي الكافي ان مات فلان اومت انا فانت حر اوقال اذا مت انا ومات فلان فانه لا يصير
مدبرا لانه تعلق عتقه بموته بصفة كونه متأخرا عن موت فلان فصار مدبرا مقيدا وعند زفر
يصير مدبرا مطلقا

﴿باب الاستيلاد﴾

هو لغة طلب الولد مطلقا وام الولد تصدق
لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وشرعا طلب المولى الولد من امته
وام الولد المستولدة وهما من الاسماء التي خرج بها في الشرع من العموم الى الخصوص (لا يثبت
نسب ولد الامة) في اول مرة (من مولاها) المعترف بوطئها (الا ان يدعيه) اي الولد
ولو اعترف بالحمل بان يقول حمل هذه الامة مني او هي حبلى مني او ما في بطنها من ولد فهو مني او قال
ان كانت حبلى فهو مني فان جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه منه ولا فرق بين حياته ومماته
بعد ما استبان خلقه وان جاءت به لاكثر لم يثبت الا باعترافه ولا يقبل بعده انها لم تكن حاملا وانه كان
ريحا ولو صدقته الامة بخلاف ما اذا قال ما في بطنها مني ولم يقل من حمل او ولد ثم قال بعده كان
ريحا وصدقته لم تصر ام ولد كما في البحر وعند الائمة الثلاثة يثبت نسبه اذا اقر بوطئها وان عزل
عنها الا ان يدعي انه استبرأها بعد الوطء بحيضة لانه لما ثبت النسب بعقد النكاح فلان يثبت بالوطء
اولى ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع منه وهو ذهاب تقومها
عند الامام ونقصان قيمتها عندهما فلابد من الدعوة بخلاف العقد فان الولد مقصود منه فلا حاجة
الى الدعوة وفي البحر معزيا عن المحيط عن الامام اذا جامع الرجل جاريته فيما دون الفرج فاخذت
الجارية ماءه في شيء فاستدخلته فرجها في حدثان ذلك فعلقت الجارية وولدت فالولد ولده
والجارية ام ولد له انتهى هذا ليس على الاطلاق بل اذا ولدت بعد ما ادعى الولي مرة والا
لم يثبت النسب بلا دعوة تأمل (واذا ثبت) نسبه منه بدعوة (صارت) الامة (ام ولد) له
(لا يجوز اخراجها عن ملكه) بطريق من الطرق فلا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها حتى
لو قضى القاضي بجواز بيعها لا ينفذ وهو ظاهر الروايات (الا بالعتق) فاذا اعتقها في حال حياته
تعتق لان الملك قائم فيها (وله) اي للمولى (وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها وكتابتها)
لبقاء ملكه وولاية هذه التصرفات تستفاد به فلهذا ان الكسب والغلة والعقر والمهر للمولى وفي البحر
ولو زوجها فولدت لاقل من ستة اشهر فهو للمولى والنكاح فاسد وان ولدت لاكثر فهو ولد الزوج
وان ادعاه المولى لكن يعتق عليه لاقراره بحريته وان لم يثبت نسبه (وتعتق بعد موته) اي موت
السيد (من جميع ماله ولا تسعى) اي ام الولد (لدينه) للغريم شيئا لان الحاجة الى الولد اصلية
فتقدم في حق الغرماء والورثة بخلاف التدبير فانه وصية بما هو من زوائد الحوائج هذا اذا اقر
في الصحة اما لو قال لامته في مرضه ولدت مني فان كان هناك ولد او حبل تعتق من جميع المال والا
فمن الثلث كما في المحيط (ويثبت نسب ولدها بعد ذلك) اي بعد ما ادعى الولي مرة (بلا دعوة)
بكسر الدال لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا له كالمنكوحة ولهذا لزمها

العدة بثلاث بعد العتق هذا اذا لم تحرم عليه اما اذا حرمت عليه بوطيء امها ونحوه فجاءت
بولد لاكثر من ستة اشهر لم يثبت الا بالدعوة لانقطاع الفراش (وان نفاه) بعدما اعترف بالاول
(انتفى) لان فراشها ضعيف يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لاينتفي نسب ولدها
الا باللعان لتأكد الفراش واستثنى صاحب التنوير فقال الا اذا قضى به قاض او تطاول الزمان
فلاينتفي بنفيه واعلم ان الفراش اما ضعيف وهي الامة او متوسط وهي ام الولد او قوي وهي
المنكوحة وقد مر حكمها او اقوى وهي المعتدة فيثبت نسب ولدها ولاينتفي اصلا لعدم اللعان
(ولو استولدها بنكاح) اي لو تزوج امة غيره فولدت له (ثم ملكها) بشراء او غيره (فهي
ام ولد له وكذا) تصير ام ولد له (لو استولدها بملك ثم استحقت ثم ملكها) لان نسب الولد
ثابت منه في الصورتين فثبت امومية الولد لانها تبعه وعند الائمة الثلاثة لاتصير الامة ام ولده
اذا ملكها زوجها بعدما ولدت منه لانها علقت منه برقيق فلاتكون ام ولده (بخلاف ما لو استولدها
بزنا ثم ملكها) حيث لاتصير ام ولد اجماعا لان نسب الولد غير ثابت منه (ولو اسلمت ام ولد النصراني)
او مدبرته والمراد من النصراني الكافر (عرض عليه) اي المولى (الاسلام فان اسلم فهي له
وان ابى) عن الاسلام (سعت) اي ام ولده التي اسلمت (في قيمتها) والمراد بقيمتها هنا ثلث
قيمتها لو كانت قنا كما في الغاية (وهي كالمكاتبة) لاتعتق حتى تؤدي وقال زفر تعتق في الحال
والسعاية دين عليها (ولاترق بعجزها) عن السعاية لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام
الموجب (وان مات) النصراني قبل السعاية (عتقت بلا سعاية) لانها ام ولده قيد بام الولد
لانه لو اسلمت قنة الذمي عرض الاسلام على الذمي فان اسلم فبها والا يجبر ببيعها تخلصا من يد
الكافر وكذا قنه (ومن ادعى ولد امة له فيها) اي في الامة (شرك) اي شركة (يثبت نسبه)
اي الولد (منه) اي من المدعي لانه لما ثبت في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه
لايتجزى لما ان سببه لايتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لاينخلق من مائين ولافرق في ذلك بين
ان يكون الدعوى في المرض او في الصحة (وصارت) الامة (ام ولده) لان الاستيلاد لايتجزى
عندهما وعنده يصير نصيبه ام ولده ثم يتملك نصيب صاحبه بالضمان وهو الذي ذكره بقوله (وضمن)
المدعي (نصف قيمتها) يوم العلوق ولافرق في هذا بين ان يكون موسرا او معسرا بخلاف ضمان
العتق (و) ضمن (نصف عقرها) لوطئه امة مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه
الملك في حظ صاحبه (لاقيمة ولدها) اي لايضمن قيمته لان الضمان وجب حين العلوق والنسب
يثبت منه فصار حرا (وان ادعياه معا) وقد استويا في الاوصاف اي ادعا الشريكان ولد الامة
المشتركة التي حبلت في ملكهما وكذا اشترياها حبلى لايختلف ثبوت النسب منهما وتمامه في التبيين
(يثبت) نسبه (منهما) لما روي ان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه كتب الى شريح في هذه
الحادثة لبسا فلبس عليهما ولم يبينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم من غير نكير فكان اجماعا ومثله عن علي رضي الله تعالى عنه
ايضا وعند الائمة الثلاثة يرجع الى قول القافة فيعمل بقول القايف (وهي ام ولد لهما) لان دعوة
كل واحد منهما في نصيبه راجحة على دعوة صاحبه فيصير نصيبه ام ولده قيدنا بقولنا حبلت لانه لو كان
الحبل في ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فولدت لاقل من ستة اشهر فهي ام ولد الزوج لان
نصيبه منها صار ام ولده والاستيلاد لايتجزى عندهما ولابفائه عنده فيثبت في نصيب شريكه
ايضا وقيدنا استوائهما في الاوصاف لانه اذا لم يستويا فيها بان وجد المرجح في حق احدهما لايعارضه
المرجوح فيقدم الاب على الابن والمسلم على الذمي والحر على العبد والذمي على المرتد والكتابي
على المجوسي والعبرة لهذه الاوصاف وقت الدعوة لا العلوق كما في الغاية وغيرها فعلى هذا لو قيد

المصنف كما قيده الا كان احسن تأمل وفي الخانية اذا اراد الرجل ان يزوج ام ولده ينبغي ان يستبرئها بحيضة ثم يزوجها فان زوجها قبل ان يستبرئها جاز النكاح ولو اعتقها ثم زوجها لا يجوز النكاح حتى تنقضي عدتها بثلاث حيض فان زوجها قبل الاعتاق فولدت ولدا من الزوج فالولد يكون بمنزلة الام يعتق بموت المولى من جميع المال وفي البحر يثبت النسب من المدعين وان كثروا عند الامام وعند ابي يوسف يثبت من اثنين وعند محمد يثبت من الثلاثة لا غير وقال زفر يثبت من خمسة فقط ولو تنازعت فيه امرأتان قضي به بينهما عنده وعندهما لا يقضى للمرأتين وتمامه فيه فليطالع (وعلى كل واحد منهما (نصف عقرها وتقاصا) لعدم فائدة الاشتغال بالاستيفاء لا اذا كان نصيب احدهما اكثر فيأخذ منه الزيادة اذ المهر يجب لكل واحد منهما بقدر ملكه فيها بخلاف البنوة والارث والولاء فان ذلك لهما سوية وان كان احدهما اكثر نصيبا من الآخر (ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن) كامل لان كل واحد منهما اقر له على نفسه ببنوته على الكمال فيقبل قوله (ويرثان منه ميراث اب واحد) لان المستحق احدهما فيقتسمان نصيبه لعدم الاولوية وفيه اشارة الى انه لو مات احدهما قبل الولد فجميع ميراثه للباقي منهما وان الولاية عليه في التصرف مشتركة كما في البحر (وان ادعى ولد امة مكاتبه) يعني ان وطئ المولى امة مكاتبه فولدت فادعاه (فصدقه المكاتب يثبت نسبه) اي الولد (منه) اي المولى لتصادقهما على ذلك (و) تجب (عليه) اي المولى (قيمته) اي الولد لانه في معنى ولد المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه (و) يجب على المولى (عقرها) لانه وطئها بغير نكاح ولا ملك يمين وقد سقط عنه الحد للشبهة (ولا تصير ام ولده) لانه لا ملك له فيها حقيقة (وان لم يصدقه) اي المكاتب المولى في دعوته (لا يثبت النسب) اي نسب الولد منه وقال ابو يوسف يثبت ولا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه وجوابه ظاهر وهو الفرق بان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملكه فلا معتبر بتصديق الابن (الا ان دخل الولد في ملكه وقتاما) فحينئذ يثبت نسبه منه لان الاقرار به باق وهو الموجب وزال حق المكاتب وهو المانع وفي التنوير وغيره ولدت منه جارية غيره وقال احلها لي مولاها والولد ولدي فصدقه المولى في الاحلال وكذبه في الولد لم يثبت نسبه ولو ملكها بعد تكذيبه يوما يثبت النسب ولو صدقه في الولد يثبت نسبه ولو استولد جارية احد ابويه او امرأته وقال ظننت حلها لي لا حد ولا نسب وان ملكه يوما عتق عليه وفي المنح تفصيل فليطالع

﴿كتاب الايمان﴾

جمع اليمين ذكرها عقيب العتاق لمناسبتها له في عدم تأثير الهزل والاكراه فيهما كالطلاق وقدم العتاق عليها لقربه من الطلاق لاشتراكهما في الاسقاط (اليمين) في اللغة مشتركة بين الجارحة والقسم والقوة وانما سمي هذا العقد يمينا لانهم يتماسكون بايمانهم حالة التحالف وفي البحر نقلا عن الفتح ومفهوم لفظة اليمين لغة جملة اولى انشائية صريحة الجزئين يؤكد بها جملة بعدها خبرية وترك لفظة اولى يصير غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه فان الاولى هي المؤكدة بالثانية من التأكيد اللفظي لكن قوله يؤكد بها جملة بعدها يخرجه ايضا فلا حاجة لقوله اولى تأمل وخرج بالانشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق فان الاولى ليست انشائية فليست التعاليق ايمانا لغة وفي الشرع (تقوية) الحالف (احد طرفي الخبر) من الفعل والترك (بالمقسم به) وهذا التعريف اولى من تعريف صاحب الدرر وهو تقوية الخبر بذكر اسم الله لشموله الحلف بصفات الذات وفي البحر نقلا عن الفتح واما مفهوم لفظة اليمين اصطلاحا فجملة اولى انشائية مقسم فيها باسم الله تعالى او صفة يؤكد بها مضمون ثانية في نفس السامع ظاهرا وتحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهرا الغموس والتزام مكروه كفرا وزوال ملك على تقدير ليمنع عنه او محبوب

يحمل عليه فدخلت التعليقات انتهى لكن قوله اولى مستدرك ايضا لقوله يؤكد بها مضمون ثابتة
تدبر وفى البحر وسببها الغائى تارة ايقاع صدقه فى نفس السامع وتارة حمل نفسه اوغيره على الفعل
اوالترك فبين المفهوم اللغوى والشرعى عموم من وجه لتصادقهما فى اليمين بالله وانفراد اللغوى
فى الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الاصطلاحى فى التعليقات وشرطها العقل والبلوغ والاسلام
ومن زاد الحرية كالشمنى فقد سهى لان العبد ينعقد يمينه ويكفر بالصوم وركنها اللفظ المستعمل
فيها وحكمها وجوب البر اصلا والكفارة خلفا كما فى الكافى وهو بيان لبعض احكامها لان البر
يكون واجبا ومندوبا وحراما وان الحنث يكون واجبا ومندوبا وفى التبيين واليمين لغيرالله تعالى
ايضا مشروع وهو تعليق الجزاء بالشرط وهوليس بيمين وضعا وانما سمى يمينا عند الفقهاء لحصول
معنى اليمين بالله وهو الحمل اوالمنع واليمين بالله تعالى لايكره وتقليله اولى من تكثيره واليمين
بغيره مكروهة عند البعض وعند عامتهم لاتكره لانه يحصل بها الوثيقة لاسيما فى زماننا وفى البحر
من اراد ان يحلف بالله تعالى فقال خصمه لااريد الحلف بالله يخشى على ايمانه (وهى) اى اليمين
(ثلث) باعتبار الحكم فانها باعتبار العدد اكثر من ان تعد (غموس) هو فعول بمعنى فاعل وهو الحلف
على اثبات شئ اونفيــه فى الماضى اوالحال يتعمد الكذب فبهذه اليمين يأثم فيهـا صاحبها
لقوله عليه الصلاة والسلام اليمين الغموس تدع الديار بلاقع ومن حلف كاذبا ادخله الله النـار
وسميت غموسا لانها تغمس صاحبها فى النـار (وهى) اى اليمين الغموس (حلفه) بفتح الحاء وكسر
اللام اوسكونها يمين يؤخذ بها العهد ثم سمى به كل يمين والمراد به المعنى المصدرى اى حلف الحالف
بالله كما فى القهستـانى (على امر ماض او حال كذبا عمدا) حالان من الضمير فى حلفــه بمعنى
كاذبا متعمدا ويصح ان يكونا صفتين لمصدر محذوف اى حلفا والكذب هو الاخبـار عن الشئ
على خلاف ماهو عليه عمدا كان اوسهوا الا انه لايأثم بالسهو وهذا هو المشهور لكن فى الكرمانى وغيره
ان الكذب يرجع الى ما فى الذهن دون الخارج كما فى القهستـانى (وحكمها) اى اليمين الغموس
(الاثم ولا كفارة فيها) اى فى اليمين الغموس (الا التوبة) استثناء منقطع او متصل وقال الشافعى
تجب فيها كفارة لانها لما وجبت باليمين المنعقدة فبالغموس اولى ولنا قوله عليــه الصلاة والسلام
خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الاشراك بالله وقتل النفس بغير حق وعقوق الوالدين والفرار
من الزحف واليمين الفاجرة ولانها كبيرة محضة فلاتجب بها الكفارة كسائر الكبائر (و) ثانيها (لغو)
سميت به لانها لايعتد بهـا فان اللغو اسم لما لايعتد (وهى حلفه على امر ماض) اوحال (يظنه كما
قال و) الحال (هو بخلافه) اى ان ذلك الامر فى الواقع خلاف ماظنه كما اذا حلف ان فى هذا الكوز
ماء على انه رآه كذلك ثم اريق ولم يعرفه وانما قلنا اوحال لانها تكون فى الحال ايضا كذلك
وفى البحر نقلا عن البدايع قال اصحابنا هى اليمين الكاذبة خطأ اوغلطا فى الماضى اوفى الحال وهى
ان يخبر عن الماضى اوعن الحال على ظن ان المخبر به كما اخبر وهو بخلافه فى النفى اوفى الاثبات وقال
الشافعى يمين اللغو هى اليمين التى لايقصدها الحالف وهو مايجرى على السن الناس فى كلماتهم من
غير قصد اليمين من قولهم لا والله وبلى والله وسواء كان فى الماضى اوفى الحال اوفى المستقبل اما عندنا
فلا لغو فى المستقبل بل اليمين على امر مستقبل يمين معقودة فيها الكفارة اذا حنث قصد اليمين اولا
وانما اللغو فى الماضى والحال فقط وماذكره محمد على اثر حكايته عن الامام ان اللغو مايجرى بين
الناس من قولهم لا والله وبلى والله فذلك محمول عندنا على الماضى اوالحـال وعندنا ذلك لغو فيرجع
حاصل الخلاف بيننـا وبين الشافعى فى يمين لايقصدها الحالف فى المستقبل فعندنا ليست بلغو
وعنده هى لغو انتهى وبهذا تبين لك ان اللغو اعم مما ذكره المصنف باعتبـار ان اليمين التى لايقصدها
الحالف فى الماضى اوالحال جعلهـا لغوا وعلى تفسيره لايكون لغوا فعلى هذا لو لم يقيده بالماضى

كان اولى تدبر (وحكمها رجاء العفو) اى نرجو ان لايؤاخذالله بها صاحبها لقوله تعالى
لايؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم وانما علق عدم المؤاخذة بالرجاء مع ان عدم المؤاخذة ثابت بالنص
اما تواضعا او للاختلاف فى تفسير اللغو وفى الخلاصة اليمين اللغو لايؤاخذ بها صاحبها الافى الطلاق
والعتاق والنذور (و) ثالثها (منعقدة وهى حلفه على فعل او ترك فى المستقبل وحكمها وجوب الكفارة
ان حنث) لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد به اليمين فى المستقبل
بدليل قوله تعالى واحفظوا ايمانكم ولايتصور الحفظ عن الحنث والهتك الافى المستقبل وفى هذه
المحل بحث فى الدرر فليطالع (ومنها) اى من اليمين المنعقدة (مايجب فيه البر) اى حفظ يمينه
(كفعل الفرائض) كان يقول والله لاصومن رمضان (وترك المعاصى) مثل والله لااشرب الخمر
(ومنها مايجب فيه الحنث كفعل المعاصى) مثل ان يقول والله لافعلن الزنا اليوم (وترك الواجبات)
مثل ان يقول لااصلى عصر اليوم فيجب ان يترك الزنا ويصلى العصر ويكفر (ومنها مايفضل فيه
الحنث) على البر (كهجران المسلم ونحوه) لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم من حلف على يمين ورأى
غيرها خيرا منها فليأت بالذى هو خير ثم ليكفر عن يمينه (وماعدا ذلك) مما لايفضل فيه الحنث
مثل ان يقول والله لااكلم زيدا (يفضل فيه البر) على الحنث (حفظا لليمين) لقوله تعالى واحفظوا ايمانكم
اى عن الحنث (ولافرق فى وجوب الكفارة بين العامد والناسى) فسره صاحب الدرر بالمخطئ
لان الحلف ناسيا لايتصور الا ان يحلف ان لايحلف ثم نسى فحلف (والمكره) خلافا للشافعى
(فى الحلف والحنث) اى لافرق فى وجوبها بين المكره فيهما وغيره اما فى الحلف فلقوله عليه السلام
ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين واما فى الحنث فلان الفعل الحقيقى لاينعدم
بالاكراه او النسيان وهو الشرط وكذا لو فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت
الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب كما فى الهداية (وهى)
اى الكفارة (عتق رقبة) اى اعتاقها وقد حققنا فى الظهار وجه العتق مقام الاعتاق فى الظن
الاحسن اعتاق رقبة (او اطعام عشرة مساكين كما فى عتق الظهار) اى يجزئ فيها مايجزئ
فى الظهار من الرقبة كما بين فى الظهار (واطعامه) اى يجزئ فيها مايجزئ فى الظهار من الاطعام
وقد مر ايضا (او كسوتهم) اى كسوة عشرة مساكين (كل واحد) من العشرة (ثوبا) جديدا او خلقا
يمكن الانتفاع به اكثر من نصف الجديد (يستر عامة بدنه) اى اكثره وهو ادناه وذلك قميص
او ازار او رداء ولكن ما لايجزيه عن الكسوة يجزيه عن الاطعام باعتبار القيمة كما فى اكثر الكتب
(هو الصحيح) المروى عن الشيخين لان لابس مايستر به اقل البدن يسمى عاريا عرفا فلايكون
مكتسيا (ولايجزئ السراويل) وفى المبسوط ادنى الكسوة مايجوز فيه الصلاة وهو مروى عن محمد
فيجوز السراويل على هذه الرواية وعنه انه للرجل يجوز وللمرأة لا لكن ظاهر الرواية مافى المتن
ثم ان الاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب
احد الاشياء الثلثة عند القدرة (فان عجز) الظاهر بالواو (عن احدها) اى عن احد هذه الثلثة
(عند الاداء) اى عند ارادة الاداء لا عند الحنث حتى لو حنث وهو معسر ثم ايسر لايجوز له الصوم
وان حنث وهو موسر ثم اعسر اجزأه الصوم ويشترط استمرار العجز الى الفراغ من الصوم
فلو صام المعسر يومين ثم ايسر لايجوز له الصوم كما فى الخانية وعند الشافعى يعتبر وقت الحنث
(صام ثلثة ايام متتابعات) حتى لو مرض فيها او افطر او حاضت استقبل بخلاف كفارة الظهار
والقتل وعند الائمة الثلثة يخير بين التتابع وعدمه وفى القهستانى وعنه انه اذا كان قدر مايشترى
به طعام العشرة لايصوم وعن ابن المقاتل ان كان له ذلك الطعام وقوت يومين لايصوم وفى الاصل
وكان له مال مع الدين صام بعد قضائه واما قبله ففيه اختلاف المشايخ ولو بذل ابن المعسر

اوالجنبي مالايكفر به لم يثبت القدرة بالاجماع (ولايجوز) اى لايصح (التكفير قبل الحنث) سواء كان بالمال اوبالصوم وقال الشافعي يجزيها بمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولاجناية واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لايسترد من المسكين لوقوعه صدقة كما فى الهداية ولم يذكر المص مسئلة تعدد الكفارة لتعدد اليمين وهى مهمة قال فى الظهيرية ولوقال والله والرحمن والرحيم لاافعل كذا ففعل ففى الروايات الظاهرة تلزمه ثلاث كفارات ويتعدد اليمين بتعدد الاسم لكن بشرط تخلل حرف القسم وتمامه فى البحر والمنح ولوقال والله والله لاافعل كذا يتعدد اليمين فى ظاهر الرواية (ولا كفارة فى حلف كافر) بالله تعالى (وان وصلية (حنث) حال كونه (مسلما) لان الحلف لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لايكون تعظيما واما تحليفه القاضى فان المقصود منها رجاء النكول لانه يعتقد فى نفسه تعظيم اسم الله تعالى وفيه خلاف الشافعي (ولايصح يمين الصبى والمجنون) لانعدام اهليتهما (والنائم) لانعدام الاختيار فيه والمغمى عليه كالنائم

فصل

(وحروف القسم) الاولى حروف القسم بدون الواو (الواو) وهى بدل عن الباء تدخل على المظهر لاالمضمر فلايقال وك وهو ولايجوز اظهار الفعل معها فلايقال احلف والله (والباء) وهى الاصل فيها تدخل على المظهر والمضمر نحو افعل به اوبك اذا تعين رجوع الضمير الى الله تعالى ويجوز اظهار الفعل فيها نحو حلفت بالله فعلى هذا الانسب تقديم الباء الا انه قدم الواو لكونها اكثر استعمالا عند العرب ولايخفى ان القسم حلفت والباء للصلة (والتاء) وهى بدل عن الواو ولاتدخل الا على لفظة الله خاصة نحو تالله ولاتقول تالرحمن تالرحيم ولايجوز اظهار الفعل معها وللقسم حروف اخر وهى لام القسم وحرف التنبيه وهمزة الاستفهام وقطع الف الوصل والميم المكسورة والمضمومة فى القسم ومن كقوله لله وهاالله وآلله وم الله ومن الله واللام بمعنى الباء ويدخلهما معنى التعجب وربما جاءت الباء لغير التعجب دون اللام كما فى التبيين (وقد تضمر) حروف القسم فيكون حلفا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا (كالله افعله) اى لاافعله والا يلزم ان يقول لافعلنه فتكون كلمة لامضمرة فيه لان نون التأكيد تلزم فى مثبت القسم قال الزيلعى ثم اذا حذف الحرف ولم يعوض عنه هاء التنبيه ولاهمزة الاستفهام ولاقطع الف الوصل لم يجر الخفض الا فى اسم الله بل ينصب باضمار فعل ويرفع على انه خبر مبتدأ مضمر الا فى اسمين التزم فيهما الرفع وهما ايمن الله ولعمرك انتهى لكن يفهم منه ان لايكون حرف التنبيه وهمزة الاستفهام من ادوات القسم وقد صرح بانهما منها الا ان يقال بان العوض بعد من الاصل وانما قال تضمر ولم يقل تحذف لان فى الاضمار يبقى اثره بخلاف الحذف لكن بقى فيه كلام لان ظهور الاثر يختص بحالة الجر دون حالة النصب فيلزم ان يعبر فيها بالحذف تأمل (واليمين بالله) اى بهذا الاسم الشريف وهو اسم للذات عند الاكثرين وفيه اشعار بان بسم الله ليس بيمين وهو المختار لعدم التعارف وفى القدورى انه يمين مع النية وعن محمد انه يمين مطلقا والاطلاق دال على انه يمين وان كان مرفوعا ومنصوبا اوساكنا لانه ذكر الله مع حرف القسم والخطاء فى الاعراب غير مانع هذا اذا ذكر بالباء امابالواو ولايكون يمينا الابالجر (اوباسم) هو عرفا لفظ دال على الذات والصفة معا فالله اسم على رأى (من اسمائه) مطلقا واوغير مختص به كالعليم والقادر سواء تعارف الناس الحلف به اولا وهو الصحيح لان اليمين باسم الله تعالى ثبت بقوله عليه السلام فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليذر والحلف بسائر اسمائه حلف بالله وماثبت بالنص اوبدلالته لايراعى فيه العرف (كالرحمن) فانه لم يستعمل فى غيره تعالى (والرحيم) يستعمل فى غيره (والحق) اى من لايقبح منه فعل فهو صفة سلبية وقيل من لايفتقر فى وجوده الى غيره وقيل الصادق فى القول وقال بعض اصحابنا ان غير المختص لم يكن يمينا الابالنية ورجحه صاحب الاختيار

والغاية لانه ان كان مستعملا لله تعالى لايتعين الارادة الابالنية (و) لهذا اختار المصنف فقال (لايفتقر الى نية الا فيما سمى به غيره) اى غير الله تعالى (كالحكيم والعليم) وفى البحر وهو خلاف المذهب لان هذه الاسماء وان كانت تطلق على الخلق لكن تعين الخالق مراد بدلالة القسم اذ القسم بغير الله تعالى لايجوز فكان الظاهر انه اراد به اسم الله تعالى حملا لكلامه على الصحة الا ان ينوى به غير الله تعالى فلا يكون يمينا لانه نوى مايحتمله كلامه فيصدق فيما بينه وبين ربه كذا فى البدايع (او بصفة من صفاته يحلف بها عرفا) اى فى عرف العرب بلا ورود نهى (كعزة الله وجلاله وكبريائه وعظمته وقدرته) لان الايمان مبنية على العرف وكل مؤمن يعتقد تعظيم الله تعالى وتعظيم صفاته فاتعارف الناس الحلف به يكون يمينا سواء كان من صفات الفعل او الذات والا فلا وهو قول مشايخ ماوراء النهر وقال مشايخ العراق صفات الذات مطلقا يمين لا صفات الفعل والفاصل بينهما ان كل صفة يوصف بها وبضدها كالرحمة فهى من صفات الفعل وكل صفة يوصف بها ولا يوصف بضدها كالعزة فهى من صفات الذات وقالوا ان ذكر الصفات للذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كذكر الذات والحلف بالله مشروع دون غيره لكن هذا الطريق غير مرضى عندنا لانهم يعتقدون بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الفعل غير الله والمذهب عندنا ان صفات الله تعالى لاهو ولا غيره كلها قديمة فلا يستقيم الفرق بينهما كما فى الكافى ولهذا اختار المصنف هذا فقال يحلف بهما عرفا وهو الاصح كما فى اكثر المعتبرات (لا) يكون اليمين (بغير الله) فانه حرام عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه قال لان احلف بالله كاذبا احب الى ان احلف بغير الله صادقا وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه انه قال الاشراك بالله ثلثة منها الحلف بغير الله وعن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما انه قال الحلف بغير الله شرك فالقسم الله تعالى بغير ذاته وصفاته من الليل والضحى وغيرهما ليس للعبدان يحلف بها وما اعتاد الناس من الحلف بجان وسر تو فان اعتقد انه حلف والبر به واجب يكفر وقال على الرازى انى اخاف الكفر على من قال بحياتى وحياتك وما شبهه وفى المنية ان الجاهل الذى يحلف بروح الامير وحياته ورأسه لم يتحقق اسلامه بعد كما فى القهستانى (كالقرآن) وسورة منه والمصحف والشرايع والعبادات كالصلوة وغيرها (والنبى والعرش والكعبة) لان العرب ماتعارفوها يمينا وذلك اذا لم يرد بالقرآن الكلام النفسى اما لو اريد فيكون يمينا هذا اذا قال والقرآن والنبى اما لو قال انا برئ من القرآن او النبى فانه يكون يمينا لان البراءة منهما كفر وتعليق الكفر بالشرط يمين ولو قال انا برئ من المصحف لايكون يمينا ولو قال انا برئ مما فى المصحف يكون يمينا لان ما فى المصحف قرآن فكانه قال انا برئ من القرآن كما فى الكافى وفى الفتح ولايخفى ان الحلف الآن متعارف فيكون يمينا وتمامه فيه فليراجع وقال العينى لو حلف بالمصحف او وضع يده عليه او قال وحق هذا فهو يمين ولاسيما فى هذا الزمان الذى كثر فيه الحلف به (ولا) يكون اليمين (بصفة لايحلف بها عرفا) اى فى عرف العرب (كرحمته) من الصفات الحقيقية فان مرجعه الارادة اذ المعنى ارادة الانعام (وعلمه) صفة بها لايخفى عليه شئ (ورضاه) اى تركه الاعتراض لا الارادة كما قال المعتزلة فان الكفر مع كونه مراد الله تعالى ليس مرضيا عنده لانه يعترض عليه ويؤاخذ به كما فى القهستانى (وغضبه) اى انتقامه وكونه معاقبا لمن عصاه (وسخطه) اى ازال عقوبته وهو فى الاصل الغضب الشديد المقتضى للعقوبة (وعذابه) اى عقوبته (وقوله) مبتدأ (لعمر الله) عطف بيان (يمين) خبر المبتدأ والعمر هو البقاء مضموما ومفتوحا ولم يستعمل فى اليمين الا المفتوح وهو من صفات الذات فكانه قال والله الباقى وهو مبتدأ واللام لتوكيد الابتداء وخبره محذوف هو قسمى او ما اقسم به ولا يجوز ان يقال لعمر فلان لانه كبيرة فاذا حلف ليس له ان يبر بل يجب ان يحنث فان البر فيه كفر عند بعضهم (وكذا) يمين قوله (وايم الله) بفتح الهمزة وكسرها مع ضم الميم مقصورا وايمن الله

بفتح الهمزة وكسرها وقد يقال هيم الله بقلب الهمزة المفتوحة هاء وقد تحذف الباء مع النون فيقال
ام بفتح الهمزة وكسرها ولا يستعمل مقصورا الايمن مع الجلالة وهو جمع يمين عند الكوفية همزته
قطعية جعلت وصلية لكثرة الاستعمال تخفيفا ونفى سيبويه ان يكون جمعا لان الجمع لا يبقى على
حرف واحد وهمزته وصلية عنده اجتلبت ليمكن به النطق وعند البصرية هو من صلات القسم
ومعناه والله اى كلمة مستقلة كالواو فعلى هذا لو قال ايم الله بدون الواو لكان اولى الا ان يقال ان اختيار
الاكثر كونه جمع اليمين فاتى بالواو بناء على ذلك تأمل (و) كذا لو قال بالفارسية (سوكند ى
ميخورم بخداى) يكون يمينا لانه للحال وفى القهستانى هو مجاز اذ الشرطية ليست بقسم (وكذا
قوله وعهد الله وميثاقه) وكذا وذمته وامانته لان العهد يمين والميثاق فى معناه واطلقه فشمل ما اذا
لم ينو لغلبة الاستعمال الا اذا قصد به غير اليمين فيدين وقال الشافعى لا يكون هذا النوع يمينا الا بالنية
(وكذا اقسم واحلف) بكسر اللام (واشهد) بفتح الهمزة والهاء فان هذه الالفاظ مستعملة
فى الحلف فجعل حلفا فى الحال (وان لم يقل) معه لفظة (بالله) وقال زفر والشافعى لا يكون
يمينا الا اذا قال بالله وان لم ينو وقال مالك ان نوى فهو يمين والا فلا (وكذا) قوله (على نذر)
هو ان توجب على نفسك ما ليس بواجب (او) على (يمين) معناه على موجب يمين (او) على
(عهد) لان العهد بمعنى اليمين (وان) وصلية (لم يضف) هذه الالفاظ (الى الله) لكن
بشرط ان يذكر المحلوف عليه لكونها يمينا منعقدة مثل ان يقول ان فعلت كذا فعلى نذر حتى اذا لم يف
بما حلف عليه لزمته الكفارة واما اذا لم يسم شيئا بان قال على نذر الله فانه لا يكون يمينا ولكن تلزمه الكفارة
هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كحج او صوم فان نوى شيئا منها يصح النذر بها فعليه
ما نوى وان لم ينو فعليه الكفارة كما فى البحر (وكذا قوله ان فعل كذا) اى ان دخل الدار مثلا فهو
(كافر او يهودى او نصرانى) او مجوسى او غيرها (او برئ من الله) او من الرسول او من الاسلام
او من المؤمنين او من لا اله الا الله او من الصلوة او من القبلة او من صوم رمضان او من غيرها مما اذا ذكره
صار كافرا يمين يستوجب الكفارة اذا حنث ان كان فى المستقبل فاما فى الماضى لشئ قد فعله فهو
الغموس ولا يكفر وقال محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بامر كائن تنجيز
فكانه قال هو كافر والاصح ان الحالف لم يكفر كما فى اكثر الكتب فلهذا قال (ولا يصير كافرا
بالحنث فيها سواء علقه) اى الكفر (بماض او مستقبل ان كان يعلم) الحالف (انه يمين
وان كان عنده انه يكفر يصير به كافرا) وفى المجتبى والذخيرة والفتوى على انه ان اعتقد
الكفر به يكفر والا فلا فى المستقبل والماضى جميعا وفى البحر والصحيح انه ان كان عالما انه يمين اما منعقدة
او غموس لا يكفر بالماضى وان كان جاهلا وعنده انه يكفر بالحلف فى الغموس او بمباشرة الشرط
فى المستقبل يكفر فيهما لانه لما اقدم عليه وعنده انه يكفر فقد رضى بالكفر كذا فى كثير من الكتب
(وقوله) مبتدأ خبره قوله الآتى ليس بيمين (ان فعله فعليه غضب الله او سخطه او لعنته او هو
زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا ليس بيمين) لعدم التعارف (وكذا) ليس بيمين (قوله
حقا او وحق الله) عند الطرفين واحدى الروايتين عن ابى يوسف وعنه فى رواية اخرى انه يكون
يمينا فلهذا قال (خلافا لابى يوسف) لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيقة فصار كانه
قال والله الحق والحلف به متعارف وهو مختار صاحب الاختيار ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى
اذ الطاعات حقوقه فيكون حالفا بغير الله تعالى قيد بالحق المضاف لانه لو قال والحق يكون يمينا
ولو قال حقا لا يكون يمينا لان المنكر منه يراد تحقيق الوعد ومعناه افعل هذا لا محالة لكن هذا قول
البعض والصحيح انه ان اراد به اسم الله تعالى يكون يمينا والحاصل ان الحق اما ان يذكر معرفا او منكرا
او مضافا فالحق معرفا سواء بالواو او بالباء يمين اتفاقا ومنكرا يمين على الاصح ان نوى ومضافا

ان كان بالباء فيمين اتفاقا وان كان بالواو ففيه الاختلاف السابق والمختار انه يمين كما في البحر وغيره فبهذا ظهر قصور المتن تأمل (وكذا) ليس بيمين (قوله سوكند خورم بخداى) لانه وعد وفي المحيط انه يمين (يا بطلاق زن) والاحسن اومكان يا اوسوكند خورم بطلاق زن الا انه راعى تناسب الطرفين (ومن حرم ملكه) على نفسه بان قال حرمت على طعامى اونحوه (لايحرم) لانه قلب المشروع وتغييره ولاقدرة له على ذلك بل الله تعالى هو المتصرف في ذلك (وان استباحه) اى ان عامل معاملة المباح (اوشيئا منه فعليه الكفارة) لقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم وقال مالك والشافعي لاكفارة عليه الا في حق النساء والجوارى وقيدنا على نفسه لانه لوجعل حرمته معلقة على فعله فلا تلزمه الكفارة كما لو قال ان اكلت هذا الطعام فهو على حرام فاكلها لايحنث كما في البحر ولوقال شيئا مكان ملكه لكان اولى ليشمل الاعيان والافعال وملكه وملك غيره وما كان حلالا وما كان حراما فيدخل فيه ما اذا قال كلامك على حرام اومعى اوالكلام معك حرام كما في المنح وغيره (وقوله كل حلال على حرام يحمل على الطعام والشراب) الا ان ينوى غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهو قول زفر وجه الاستحسان ان المقصود البر ولايحصل الا على اعتبار العموم فيسقط العموم فينصرف الى الطعام والشراب لانه يستعمل فيما يتناول عادة ولو نوى امرأته دخلت مع المأكول والمشروب وصار موليا وان نوى امرأته وحدها صدق ولايحنث بالاكل والشرب قال مشايخنا هذا في عرفهم اما في عرفنا يكون طلاقا عرفا ويقع بغير نية لانهم تعارفوه فصار كالصريح وعن هذا قال (والفتوى على انه تطلق امرأته بلانية) لغلبة الاستعمال حتى لو قال لم انو به الطلاق لايصدق في قضاء هذا اذا كانت له امرأة فان لم تكن له امرأة فاكل اوشرب تجب عليه الكفارة لانصرافه عند عدم الزوجة اليهما كما في النهاية (ومثله قوله حلال بروى حرام) ومعناه الحلال عليه حرام اوحلال الله اوحلال المسلمين (وقوله هرچه بدست راست كيرم بروى حرام) وفي التبيين واختلفوا في انه هل تشترط فيه النية والاظهر انه تجعل طلاقا من غير نية للعرف وفي الكافي اوقال حلال الله على حرام وله امرأتان يقع الطلاق على واحدة واليه البيان في الاظهر لكن في البحر وان كن ثلثا اواربعا تقع على كل واحدة واحدة بائنة (ومن نذر) بما هو واجب قصدا من جنسه وهو عبادة مقصودة (نذرا مطلقا) غير معلق بشرط بقرينة التقابل مثل ان يقول لله على حج اوعمرة اواعتكاف اولله على نذر واراد به شيئا بعينه كالصدقة فان هذه عبادات مقصودة ومن جنسها واجب وانما قيد النذر به لانه لم يلزم الناذر ما ليس من جنسه فرض كقراءة القرأن وصلوة الجنازة ودخول المسجد وبناء المساجد والسقاية وعمارتهما واكرام الايتام وعيادة المريض وزيارة القبور وزيارة قبره عليه الصلاة والسلام واكفان الموتى وتطليق امرأته وتزويج فلانة لم يلزمه شئ في هذا الوجوه لانها ليس لها اصل في الفروض المقصودة كما في كثير من الكتب فعلى هذا يلزم على المصنف تقييده كما قيدناه فتأمل (او) نذرا (معلقا بشرط يريده) اى يريد وجوده بجلب منفعة اودفع مضرة (كان قدم غائبي) اوشفى الله مريضي اومات عدوى فلله على صوم سنة اوعتق مملوك اوصلوة (ووجد) ذلك الشرط عطف على نذر المقدر في قوله اومعلقا (لزمه الوفاء) بما نذر ولم يخرج عن العهدة بالكفارة في الصورتين بلا خلاف (واو علقه بشرط) لا يريد هذه الجملة صفة شرط (كان زنيت) اوشربت فلله على كذا (ان نذر خير بين الوفاء) باصل القربة التي التزمها لا بكل وصف التزمه وتمامه في البحر فعلى هذا يلزم على المصنف تقييده تأمل (او التكفير) اى كفارة اليمين هو الصحيح رواية ودراية اما الاول فلانه قد صح رجوع الامام عما نقل عنه في ظاهر الرواية من وجوب الوفاء سواء علقه بشرط يريده او بشرط لا يريده ذكره في المبسوط واما الثاني فلانه اذا علق بشرط لا يريده ففيه معنى اليمين

وهو المنع لكنه بظاهره نذر فيخير وفي اكثر المعتبرات هذا هو المذهب الصحيح المفتى به وفي الخلاصة
او قال لله على ان اهدي هذه الشاة وهي ملك الغير لا يصح النذر بخلاف قوله لاهدين ولو نوى اليمين
كان يمينا وفي التنوير نذر ان يذبح ولده فعليه شاة ولغا لو كان يذبح نفسه وابيه وجده وامه ولو قال ان
برئت من مرضي هذا ذبحت شاة او على شاة اذبحها فبرأ لا يلزمه شيء الا اذا زاد واتصدق بلحمها
ولو قال لله على ان اذبح جزورا واتصدق بلحمه وذبح مكانه سبع شياه جاز نذر لفقراء مكة جاز الصرف
الى فقراء غيرها نذر ان يتصدق بعشرة دراهم من الخبز فتصدق بغيره جاز ان ساوى العشر نذر صوم
شهر معين لزمه متتابعا لكن ان افطر قضاه بلا لزوم استقبال نذر ان يتصدق بالف من ماله وهو يملك
دونها لزمه فقط كما لو قال مالي في المساكين صدقة ولا مال له نذر التصدق بهذه المائة يوم كذا على زيد
فتصدق بمائة اخرى قبله على فقير آخر جاز وفي الولوالجية اذا حلف بالنذر وهو ينوي صياما ولم ينو
عددا معلوما فعليه ثلثة ايام وان نوى صدقة ولم ينو عددا فعليه اطعام عشرة مساكين (ومن وصل
بحلفه ان شاء الله فلا حنث عليه) لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه
الا انه لابد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين الا اذا كان انقطاعه بتنفس او سعال
او نحوه فانه لا يضر وفي التنوير ويبطل بالاستثناء كل ما تعلق بالقول عبادة ومعاملة بخلاف المتعلق
بالقلب

﴿باب اليمين في الدخول والخروج والاتيان والسكنى وغير ذلك﴾

شروع في بيان الافعال التي يحلف عليها ولا سبيل الى حصرها لكثرتها لتعلقها باختيار الفاعل فيذر على
القدر الذي ذكره اصحابنا في كتبهم والمذكور نوعان افعال حسية وامور شرعية وبدأ بالاهم وهو الدخول
ونحوه لان حاجة الحلول في مكان الزم للجسم من اكله وشربه الاصل ان الايمان مبنية على العرف
عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك ولا على النية
مطلقا كما عن احمد لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العربي اعني الالفاظ الذي يراد بها معانيها التي وضعت
في العرف كما ان العرب حال كونه من اهل اللغة انما يتكلم بالحقايق اللغوية ويجب صرف الفاظ المتكلم
الى ما عهد انه المراد بها وتمامه في الفتح (حلف) بالقسم او الشرطية (لا يدخل بيتا فدخل الكعبة
او المسجد او البيعة والكنيسة لا يحنث) لان البيت ما عد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وتسمية
البيت للكعبة والمسجد مجاز ومطلق الاسم ينصرف الى الحقيقة (وكذا) اي لا يحنث (او دخل
دهليزا) معرب بكسر الدال ما بين الباب وداخل الدار (او ظلة باب دار ان كان او اغلق) الباب
(يبقى خارجا والا) اي وان لم يبق خارجا او اغلق الباب (حنث) الظاهر ان هذا قيد للدهليز
والظلة جميعا لانه قال صاحب البحر وغيره الظلة بالضم الساباط الذي يكون على باب الدار من سقف له
جذوع واطرافها على جدار الباب واطرافها الاخرى على جدار الجار المقابل له وانما قيدنا به لان الظلة
اذا كان معناها ما هو داخل البيت مسقفا فانه يحنث بدخوله لانه يبات فيه والمراد من الدهليز ما لم يصلح
للبيتوتة اما اذا كان كبيرا بحيث يبات فيه فانه يحنث بدخوله فان مثله يعتاد بيتوتة للضيوف في بعض
القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الاتباع في بعض الاوقات انتهى ومن لم يطلع على هذا زعم انه
قيد للدهليز فقط فقال ما قال تدبر (كما او دخل صفة) اي يحنث في حلفه لا يدخل بيتا فدخل صفة
على المذهب المختار سواء كان لها اربعة حوائط كما في صفات الكوفة او ثلثة كما صححه الهداية بعد
ان يكون مسقفا كما في صفات ديارنا لانه يبات فيه غاية الامر ان مفتحه واسع وسيأتي ان السقف ليس
شرطا في مسمى البيت فيحنث وان لم يكن الدهليز مسقفا كما في الفتح (وقيل لا يحنث في الصفة ايضا)
اي كما او دخل دهليزا او ظلة باب دار بحيث لو اغلق الباب يبقى خارجا فان الصفة عندهم اسم لبيت
صيفي كما في صفات الكوفة واما في عرفنا فهي غير البيت ذات ثلثة حوائط والصحيح الاول كما في كثير
من المعتبرات (وفي) حلفه (لا يدخل دارا) ولم يسم دارا بعينها ولم ينوها (فدخل دارا خربة

لايحنث) لان الدار اسم جامع للبناء والعرصة كما في المغرب وغيره الا انهم قالوا انها اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دارعا مرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر كما في الهداية وضعفه الكافي واستدل بهذه المسئلة ولا يبعد ان يقال ان البناء وصف مرغوب كان العرصة ينقص بنقصانه والمطلق ينصرف الى الكامل فاذا انعقد النهي على الكامل لايحنث بالناقص كما في القهستاني (ولو قال) والله لايدخل (هذه الدار فدخلها) حال كونها (خربة) لمجرد الايضاح فالعبارة ولو (صحراء) واراد بالخربة الدار التي لم يبق فيها بناء اصلا اما اذا زال بعض حيطانها وبقي البعض فهذه دار خربة فينبغي ان يحنث في المنكر الا ان يكون له نية كما في الفتح (او) دخلها (بعدما بنيت) هذه الدار الخربة وهو معطوف على الحال او الشرطية بتقدير الفعل (دارا اخرى حنث) لما تقدم ان البناء وصف والوصف في الحاضر لغو في المعين اذ الاشارة ابلغ في التعيين وعند الائمة الثلثة لا يحنث في الوجهين وقال ابو الليث ان حلف بالفارسية لايحنث في المنكر والمعرف الا بدخول المبنية كما في الكافي وفي الدرر اعتراضات على صدر الشريعة لكن لاجدوى لكونها مدافعة ودعوى فليطالع (وكذا) يحنث (او وقف على سطحها) اي سطح الدار لان السطح من الدار من غير دخول من الباب بان يوصل من سطح آخر الا ترى ان المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وهو قول المتقدمين (وقيل لا يحنث به في عرفنا) اي في العجم وهو قول المتأخرين وفي الخانية حلف لايدخل هذه الدار فدخلها راكبا اوماشيا او محمولا بامره حنث وكذا لو نزل من سطحها او صعد شجرة واغصانها في الدار فقام على غصن لو سقط يسقط في الدار حنث وكذا لو قام على حائط منها وقال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل ان كان الحائط مشتركا بينه وبين جاره لايكون حانثا وهذا اذا كانت اليمين بالعربية وان كانت بالفارسية فارتقى شجرة اغصانها في الدار او قام على حائط منها او صعد السطح لايحنث في يمينه وهو المختار لان هذا لا يعد دخولا في العجم انتهى وفي الكافي والمختار ان لايحنث ان كان الحالف من بلاد العجم وعليه الفتوى فعلى هذا يلزم على المصنف تفصيل تدبر (ولو دخل طاق بابها) اي باب الدار (او دهليزها) اي لو حلف لايدخل هذه الدار فدخل طاق بابها او دهليزها (ان كان لو اغلق) الباب (يبقى خارجا) من الدار (لايحنث) وفيه كلام لان الدهليز ما بين الدار والباب كما بين آنفا فعلى هذا لا يمكن هذا التفصيل تأمل (والا) اي وان لم يبق خارجا (حنث) هذا اذا كان الحالف واقفا بقدميه في طاق الباب فلو وقف باحدى رجليه على العتبة وادخل الاخرى فان استوى الجانبان او كان الخارج اسفل لم يحنث وان كان الجانب الداخل اسفل حنث وقيل لايحنث مطلقا هو الصحيح كما في البحر وغيره وفي المنح ولو كان المحلوف عليه الخروج انعكس الحكم (ولو جعلت) الدار المحلوفة المعينة (مسجدا او حماما او بستانا او بيتا) او نهرا او دارا (بعد ما خربت) الدار (فدخلها) اي الحالف (لايحنث) لتبدل اسم الدار بغيره هذا اذا كانت الاشارة مع التسمية اما لو اشار ولم يسم كما اذا حلف لايدخل هذه فانه يحنث بدخولها على اي صفة كانت دارا او مسجدا او حماما او بستانا لان اليمين عقدت على العين دون الاسم والعين باقية كما في الذخيرة (وكذا) لايحنث (او دخل بعد انهدام الحمام واشباهه) يعني لو حلف لايدخل هذه الدار فجعلت حماما او مسجدا او بستانا ثم انهدم هذه الاشياء فدخل العرصة لايحنث ايضا لان اسم الدار قد زال بالكلية باعتراض هذه الاشياء عليها وبانهدامها لايعود اسم الدار وفيه اشارة الى انه لو حلف لايدخل هذا المسجد فهدم ثم بني مسجدا آخر او لايدخل هذا الفسطاط فنقض وضرب في موضع آخر فدخله حنث لعدم اعتراض اسم آخر عليه بخلاف ما لو حلف لايكتب بهذا القلم فكسره ثم براه فكتب به كما في الذخيرة وفي اضافة الهدم الى الحمام

مع كون المسجد يذكر مقدما في الاولى رعاية امر حسن كما في القهستاني (وفي لايدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم) البيت (وصار صحراء او بعدما بنى بيتا آخر لايحنث) لزوال اسم البيت بعد الانهدام فانه لايبات فيه (بخلاف ما اوسقط السقف وبقى الجدران) فانه يحنث لان السقف صفة الكمال فيه اذ البيتوتة تحصل عند عدمه فصار السقف في البيت كاصل البناء في الدار وفي الوجيز لوحلف لايدخل بيتا فدخل بيتا لاسقف له لايحنث لان البناء وصف والوصف في الغائب معتبر (وفي لايدخل هذه الدار وهو) اي والحال ان الحالف (فيها) اي في الدار (لايحنث) استحسانا (مالم يخرج ثم يدخل) والقياس ان يحنث تنزيلا للبقاء منزلة الابتداء وهو قول الشافعي وجه الاستحسان الدخول هو الانفصال من الخارج الى الداخل وهذا الفعل ممالايمتد فلايقال دخل يوما واذا لم يكن ممتدا لايكون بقاؤه كابتدائه ونظيره لايخرج وهو خارج لايحنث حتى يدخل ويخرج وكذا لايتزوج وهو متزوج ولايتطهر وهو متطهر فاستدام الطهارة والنكاح لايحنث كما في الفتح (وفي لايلبس هذا الثوب وهو) اي والحال ان الحالف (لابسه اولايركب هذه الدابة وهو راكبها اولايسكن هذه الدار وهو ساكنها) ثم شرع في النشر على الترتيب فقال (ان اخذ) اي شرع (في النزع) اي نزع الثوب (والنزول) من الدابة (والنقلة) بالضم والسكون اسم لامصدر اي انتقاله من باب الدار (من غير لبث) متعلق للجميع (لايحنث) وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل قلنا اليمين شرعت للبر فزمان تحصيل البر مستثنى (والا) اي وان لم يأخذ في النزع والنزول والنقلة ولبث على حاله ساعة (حنث) لان هذه الافعال مماتمتد ويضرب لها آجال ويقال لبست يوما وركبت يوما وسكنت شهرا فاعطى لبقائها حكم ابتدائها وفيه اشارة الى انه لوقال كلما ركبت فانت طالق وهو راكب فمكث ثلاث ساعات طلقت ثلثا في كل ساعة طلقة بخلاف ما اذا لم يكن راكبا فركب فانها تطلق واحدة ولاتطلق بالاستمرار وفي البحر تفصيل فليراجع (ثم في لايسكن هذا البيت اوهذه الدار لابد من خروجه بجميع اهله) بالاتفاق الا ان يمنع مانع منه كما لوابت المرأة ان تنتقل وغلبته وخرج هو ولم يرد العود فانه لايحنث (ومتاعه حتى لو بقى وتد) من متاعه (حنث) عند الامام كما حنث لوبقى شئ لاقيمة له لكن في الكافي وغيره ان مشايخنا قالوا هذا اذا كان الباقي ممايقصد به السكنى فاما بقاء مكنسة اووتد اوقطعة حصير لايبقى ساكنا فلايحنث (وعند ابي يوسف يعتبر نقل الاكثر) لتعذر نقل الكل وعليه الفتوى كما في المحيط والكافي وغيرهما (وعند محمد نقل ماتقوم به كدخدائيته) اي يعتبر نقل مالابد في البيت من آلات الاستعمال (وهو) اي قول محمد (الاحسن والارفق) بالناس ورجحه صاحب الهداية وفي الفتح وعليه الفتوى لكن في البحر الفتوى بمذهب الامام اولى لانه احوط وان كان غيره ارفق هذا اذا كان مستقلا بسكناه لان الحالف لوكان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع ابنه وامرأة مع زوجها فحلف احدهما لايسكن هذه الدار فخرج بنفسه وترك اهله وماله وهي زوجها ومالها لايحنث ثم قالوا هذا اذا كانت اليمين بالعربية فلو عقد بالفارسية فخرج بنفسه بعزم ان لايعود لايحنث والكل مقيد بالامكان حتى لوخرج بنفسه واشتغل بطلب دار اخرى لنقل الاهل والمتاع اوخرج لطلب دابة لينقل عنها المتاع فلم يجد اياما لم يحنث اوكانت اليمين في جوف الليل ولم يمكنه ان يخرج حتى اصبح اوكانت الامتعة كثيرة فخرج وهو ينقل الامتعة بنفسه كما ينقل الناس فان نقل لاكما ينقل يكون حانثا اووجد باب الدار مغلقا ولم يقدر على الفتح ولاعلى الخروج منه وكذا لوقدر على الخروج لهدم بعض الحائط ولم يهدم لايحنث بخلاف ما اذا قال ان لم اخرج من هذه الدار اليوم فقيد ومنع من الخروج اياما يحنث على الصحيح (ثم لابد من نقلته) اي ينبغي ان ينتقل (الى منزل آخر) بلاتأخير (حتى لايبر بنقلته الى السكة اوالمسجد) استدلالا بماذكر في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه في حق

الصلوة فكذا هذا وذكر ابو الليث لو انتقل الى السكة وسلم الدار الى صاحبها او آجرها وسلمها بر في يمينه وان لم يتخذ دارا اخرى لانه لم يبق ساكنا انتهى هذا ارفق ولعل الفتوى عليه لكن في الظهيرية ان الصحيح انه يحنث ما لم يتخذ مسكنا آخر (وكذا) اى لابد من خروجه بجميع اهله بالاتفاق وعياله باختلاف ما مر (في لايسكن هذه المحلة) لان المحلة بمنزلة الدار (وفي لايسكن هذه البلدة او القرية يبر بخروجه وترك اهله ومتاعه فيها) لانه لايعد ساكنا فيه لان الرجل يكون ساكنا في مصر وله في مصر آخر اهل ومتاع والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب كما في الهداية (وفي لايخرج) من هذه الدار مثلا (فامر) الحالف (من حمله واخرجه عنها حنث) لان فعل المأمور ينتقل الى الآمر فصارت كدابة يركبها فيخرج عليها (واو حمل) الحالف (واخرج بلا امره) حال كونه (مكرها) بحيث لايمكنه الامتناع (او راضيا) بقلبه الا انه لم يأمره (لايحنث) في الصحيح اما في الاول فلعدم فعله حقيقة وهو ظاهر وحكما لعدم الامر منه والثاني فلان انتقال الفعل بالامر لا الرضاء فلو هدده فخرج حنث لوجود الفعل منه حقيقة واذا لم يحنث فيهما لايحل في الصحيح لعدم فعله وقيل تحل ويظهر اثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لايحنث ومن قال تحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح كما في البحر وغيره وما في القهستاني من ان اللائق بالكتاب ان يترك هذه الجملة لانه مفهوم اسابقه ليس بسديد لانه محل الخلاف والعجب منه انه صرح في قوله مكرها فقال بحيث لايمكنه الامتناع والا فقد اختلف فيه المشايخ وينبغي ان لايحنث عند الشيخين كما في المحيط تأمل (ومثله) اى لايخرج (لايدخل هذه الدار) اقساما وحكما فالاقسام ان يخرج بامره وان يخرج بلا امره اما مكرها او راضيا والحكم الحنث في الاول وعدمه في الاخيرين كما في الدرر لكن الاولى ان يصور بالدخول فقال ان يدخل في مكان ان يخرج لكونه موضوع المسئلة تأمل (وفي لايخرج) منها (الا الى جنازة) مثلا (فخرج) من باب داره (اليها) حال كونه يريدها (ثم) اى بعد الخروج او الارادة (اتى حاجة اخرى لايحنث) بالاجماع لانه لم يوجد الخروج لغير ما حلف عليه وانما خرج الى الجنازة وانه مستثنى من اليمين والاتيان بعد ذلك ليس بخروج كما لو قال ان خرجت منها الا الى المسجد فانت طالق فخرجت تريد المسجد ثم بدا لها فذهبت الى غير المسجد لم تطلق كما في البدايع (وفي لايخرج) من بلده (الى مكة) مثلا والاولى اختيار غيرها من البلدان لانه لايليق بالمسلم (فخرج) من ربضه حال كونه (يريدها ثم رجع) اليه (حنث) لوجود الخروج قاصدا اليها وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وانما قلنا من ربضه لانه لو خرج قاصدا مكة ولم يجاوز عمران مصره لايحنث بخلاف الخروج الى الجنازة هذا اذا كان بينه وبينها مدة السفر اما لو لم يكن فينبغي ان يحنث بمجرد انفصاله من الداخل كما في الفتح وغيره فبهذا علم ان المصنف اطلق في محل التقييد تأمل (وفي لايأتيها) اى مكة (لايحنث ما لم يدخلها) فان الاتيان عبارة عن الوصول كما لايحنث لو حلف ان لايأتي امرأته عرس فلان فذهبت قبل العرس وكانت ثمة حتى مضى العرس وتمامه في البحر (والذهاب) معنى (كالخروج) فاذا حلف لايذهب الى مكة فخرج يريدها حنث في الاصح على ما روى عن الصاحبين فيشترط الخروج كما في اكثر المعتبرات وقيل هو كالاتيان فيشترط الوصول وهو الصحيح كما في الخلاصة لكن الاول هو المعتمد فلهذا قدمه وهذا الاختلاف اذا لم يكن له نية واذا نوى الخروج او الذهاب فعلى ما نوى لانه محتمل كلامه (وفي) والله (ليأتين فلانا فلم يأته حتى مات حنث في آخر) جزء من (اجزاء حياته) لان عدم الاتيان حينئذ يتحقق وفي الغاية واصل هذا ان الحالف في اليمين المطلقة لا يحنث ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين لتصور البر

فاذا مات احدهما فانه يحنث فعلى هذا ان الضمير فى قوله حتى مات يعود الى احدهما ايهما كان لانه خاص بالحالف كما هو المتبادر (وان قيد الاتيان غدا بالاستطاعة فهو) محمول (على سلامة الآلات وعدم الموانع) الحسية فينصرف اللفظ اليها عند الاطلاق وفى البحر فهى الاستطاعة الصحيحة لانها المرادة فى العرف فهى سلامة الآلات وصحة الاسباب وفى المبسوط الاستطاعة رفع الموانع (فلو لم يأت و) الحال (لا مانع من مرض او سلطان) او عارض آخر (حنث) الا اذا نسى اليمين ينبغى ان لا يحنث كما فى البحر لان النسيان مانع وكذا لو جن فلم يأته حتى مضى الغد (ولو نوى) الاستطاعة (الحقيقية) وهى القدرة التى يحدثها الله تعالى فى العبد عند الفعل وذا شرط عند الجمهور لا علة كما فى القهستانى (صدق ديانة) لانه محتمل كلامه (لا قضاء فى) القول (المختار) لانه خلاف الظاهر وفى رواية صدق فان الانسان اذا نوى حقيقة كلامه فان كان الظاهر لا يخالفه صدق ديانة وقضاء والا ففى تصديقه قضاء روايتان والمختار عدم التصديق فلهذا قال فى المختار وفى القهستانى ان الاستطاعة استطاعة الاموال كالزاد والراحلة واستطاعة الافعال كالاعضاء السليمة واستطاعة الاحوال وهى القدرة على الافعال لا يتقدم عليها بخلاف الاولين ويسميان بالتوفيقية والاخيرة بالتكليفية (وفى لا تخرج) امرأته (الا باذنه) اى باذن الزوج اى لا تخرج خروجا الا خروجا ملصقا باذنه (شرط الاذن لكل خروج) لان النكرة وقعت فى حيز النفى فتعم ولو نوى الاذن مرة صدق ديانة لانه محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر وهو قول ابى يوسف وعليه الفتوى والحيلة فى ذلك ان يقول لها كلما اردت الخروج فقد اذنت لك وفيه اشارة الى انه يشترط ذلك الشرط فى غير اذنى وكذا فى الا برضائى او ارادتى او امرى والى انه لو اذن بلا فهم لكونها نائمة او عجمية فليس باذن لانه لا يتحقق بدون العلم فى قول الطرفين على الصحيح وفى البحر وفى قوله ان خرجت من الدار الا باذنى فانت طالق لا يحنث بخروجها بوقوع غرق او حرق غالب فيها التلف (وفى الا ان) اى حتى (اذن يكفى الاذن مرة) فلا يحنث ان خرجت بلا اذن بعد ما خرجت باذن مرة لان الا ان للغاية فتنتهى اليمين به وفى الكافى وغيره سؤال وجواب فليطالع (وفى لا تخرج الا باذنه لو اذن لها فيه) اى فى الخروج (متى شاءت) يعنى اذا قال ان خرجت الا باذنى فانت طالق ثم قال لها اذنت لك ان تخرجى كلما شئت (ثم نهاها) عن الخروج (فخرجت لا يحنث عند ابى يوسف) لان نهيه بعد اذنه العام لا يفيد لارتفاع اليمين بعد الاذن العام (خلافا لمحمد) لانه لو اذن لها بالخروج مرة ثم نهاها يعمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الاذن العام وفى الذخيرة وغيرها الفتوى على قول محمد فعلى هذا لو قدمه لكان اولى كما هو دأبه تدبر (ولو ارادت) المرأة (الخروج فقال الزوج (ان خرجت) فانت طالق (او) ارادت (ضرب العبد فقال ان ضربت) فعبده حر (يقيد الحنث بالفعل فورا) اى تقيد يمينه بتلك الخرجة والضربة (فلو لبثت) ساعة (ثم فعلت) اى خرجت او ضربت (لا يحنث) الحالف وهذه يمين الفور مأخوذ من فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التى لا لبث فيها وتفرد الامام باظهارها ولم يسبقه احد فيه وكانوا من قبل يقولون اليمين نوعان مطلقة كلا يفعل كذا وموقتة كلا يفعل كذا اليوم فاخرج قسما ثالثا وهى الموقتة معنى المطلقة لفظا وفيه اشارة الى انه لو قال ان لم اخرج او لم اذهب من هذه الدار ونوى الخروج والذهاب دون السكنى والفور لم يحنث بالتوقف والى انه لو نوى السكنى او الفور او دل عليه دليل حنث كما فى خزانة المفتين (قال لآخر اجلس فتغد معى فقال ان تغديت فكذا) اى فعبدى حر مثلا (لا يحنث بالتغدى لا معه) اى بدونه (ولو) وصلية (فى ذلك اليوم) لان مراد المتكلم الزجر عن تلك الحالة فيتقيد بها لان المطلق يتقيد بالحال فينصرف الى الغداء المدعو اليه والقياس ان يحنث وهو قول زفر والائمة الثلاثة لانه عقد يمينه على مطلق

الغداء فيتناول كل غداء (الا ان قال ان تغديت اليوم) اوهلك فعبدي حر فتغدى في بيته اومعه في وقت آخر يحنث لانه زاد على قدر الجواب فيجعل مبتدأ (وفي لايركب دابة فلان) اي حلف عليه (فركب دابة عبده) اي لفلان (مأذون لايحنث الا ان نواه) اي مركب المأذون (وهو) والحال ان العبد (غير مستغرق بالدين) يحنث لان مركبه لمولاه فان كان دينه مستغرقا لايحنث وان نوى لانه لاملك للمولى في كسب عبده المديون المستغرق عند الامام (وعند ابي يوسف يحنث مطلقا) سواء كان عليه دين اولا (ان نواه) لان عنده استغراق كسب العبد بالدين لايمنع ملك المولى الا انه يشترط فيه النية لاختلال الاضافة (وعند محمد) وهو قول الائمة الثلثة (يحنث مطلقا وان لم ينوه) اعتبار الحقيقة الملك الثابت للسيد اذ استغراق الدين بالكسب لايمنع ملك المولى عنده قيد بالمأذون لان مركب المكاتب ليس مركبا لمولاه فلا يحنث بالاتفاق وفي البحر حلف لايركب فاليمين على مايركبه الناس من الفرس والبغل وغير ذلك فلو ركب ظهر انسان لايحنث لان اذهان الناس لاتسبق الى هذا حلف لايركب دابة ولم ينو شيئا فركب حمارا اوفرسا اوبرذونا اوبغلا حنث فان ركب غيرها نحو البعير والفيل لايحنث استحسانا الا ان ينوي ولو حلف لايركب فرسا فركب برذونا اوبالعكس لايحنث لان الفرس اسم للعربي والبرذون للعجمي والخيل ينظم الكل وهذا اذا كانت اليمين بالعربية فان كانت بالفارسية يحنث بكل حال ولو حلف لايركب دابة فحمل على الدابة مكرها لايحنث وان حلف لايركب اولايركب مركبا فركب سفينة اومحملا اودابة حنث ولو ركب آدميا ينبغي ان لايحنث انتهى وفي التبيين لو حلف لايركب حيوانا يحنث بالركوب على انسان لان اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملي وهو انه لايركب عادة لايصلح مقيدا انتهى لكن يشكل بما سبق من ان الايمان مبنية على العرف لاعلى الالفاظ ولاعلى الحقيقة اللغوية قالوا في الاصول الحقيقة تترك بدلالة العادة اذ ليست العادة الاعرفا عمليا تأمل

﴿باب اليمين في الاكل والشرب واللبس والكلام﴾

الاكل ايصال مايحتمل المضغ بفيه الى الجوف مضغ اولا كالخبز واللحم والفاكهة ونحوها والشرب ايصال مالايحتمل المضغ من المايعات الى الجوف مثل الماء والنبيذ واللبن والعسل فان وجد ذلك يحنث والافلا الا اذا كان ذلك يسمى اكلا اوشربا في العرف والعادة فيحنث فاذا حلف لايأكل كذا ولايشرب فادخله في فيه ومضغه ثم القاه لم يحنث حتى يدخله في جوفه ولو حلف لايأكل هذه البيضة اوالجوزة فابتلعهما حنث لوجود الاكل ولو حلف لايأكل رمانا فجعل يمصه ويرمي بثفله ويبتلع ماءه لم يحنث لان هذا مص ليس باكل ولاشرب واما الذوق فهو معرفة الشيء بفيه من غير ادخال عينه الاترى ان الاكل والشرب يفطر لاالذوق وفي البحر لو حلف لايذوق في منزل فلان طعاما ولاشرابا فذاق شيئا ادخله في فيه ولم يصل الى جوفه حنث فاذا علم هذا لو حلف (لايأكل من هذه النخلة فهو) اي الاكل يقع (على ثمرها) بالنقط الثلاث (ودبسها غير المطبوخ) لانه اضاف اليمين الى مالايؤكل فينصرف الى مايخرج منها بلا صنع احد تجوزا باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج لانها سبب فيه لكن شرطه ان لايتغير بصفة حادثة فلذا قيده بغير المطبوخ وقال (لا) يقع على (نبيذها وخلها ودبسها المطبوخ) لانها وان كانت مما يخرج منها الا انها تغيرت بصفة جديدة وفي الغاية وقيد الدبس بالمطبوخ وان كان الدبس لايكون الا مطبوخا احترازا عما اذا اطلق اسم الدبس على ما يسيل بنفسه من الرطب فانه يحنث كما يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع كما في المنح وغيره وفيه اشارة الى انه لو قطع منها غصن فوصل باخرى فاثمر فاكل من ثمرها لايحنث والى انه لايحنث باكل عين النخلة والى انه لو كان عين الشجر مما يؤكل حنث باكل عينها كقصب السكر والى انه لو لم يكن للشجر ثمر تصرف يمينه الى ثمنها فيحنث اذا اشترى به مأكولا واكله وهذا

اذالم تكن له نية والافعلى مانوى ان احتمله اللفظ كما فى القهستانى (اومن هذه الشاة فهو على اللحم) اى يحنث بأكل اللحم خاصة (دون اللبن والزبد) لان عين الشاة مأكولة فتنعقد اليمين عليها وفى البحر لو حلف لايأكل من هذا العنب لايحنث بزبيبه وعصيره لان حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب (وفى) حلفه (لايأكل من هذا البسر فاكله) اى اكل ذلك البسر حال كونه (رطبا لايحنث وكذا من هذا الرطب او اللبن) اى ان حلف لايأكلهما (فاكله) اى اكل ذلك الرطب حال كونه (تمرا و) اكل ذلك اللبن حال كونه (شيرازا) لايحنث اذ هذه صفات داعية الى اليمين فيتقيد بها (بخلاف لايكلم هذا الصبى فكلمه) بعدما صار (شابا او شيخا او لايأكل لحم هذا الحمل فاكله) بعدما صار (كبشا) حيث يحنث لان صفة الصباء والشباب وان كانت داعية الى اليمين لكن هجرانه لاجل صباه منهى عنه لانا امرنا بتحمل اختلاف الفتيان ومرحمة الصبيان فكان مهجورا شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة فلايعتبر ويتعلق اليمين بالاشارة واما فى الحمل فلانه ليس فيه صفة داعية الى اليمين والاصل ان اليمين متى انعقد على شئ بوصف فان صلح داعيا الى اليمين به يتقيد به سواء كان معرفا او منكرا احترازا عن الالغاء وان لم يصلح فان كان المحلوف عليه منكرا يتقيد به ايضا لان الوصف مقصود باليمين وان كان معرفا لايتقيد فعلى هذا (وفى) حلفه (لايأكل بسرا فاكل رطبا لايحنث) وفى هذا المحل كلام فى الدرر على صدر الشريعة فليطالع (ولو اكل مذنبا) بعدما حلف لايأكل بسرا (حنث وكذا لو اكله) اى المذنب (بعد ما حلف لايأكل رطبا) حنث عند الامام (وقالا) وهو قول الائمة الثلثة (لايحنث فيهما ولو اكله) اى المذنب سواء كان رطبا مذنبا او بسرا مذنبا (بعد حلفه لايأكل رطبا ولا بسرا حنث بالاتفاق) وفى الكافى حلف لايأكل بسرا او لايأكل رطبا او حلف لايأكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث سواء اكل رطبا مذنبا او بسرا مذنبا وهذا عند الطرفين وقال ابو يوسف ان حلف لايأكل رطبا فاكل رطبا مذنبا حنث وان اكل بسرا مذنبا لايحنث وان حلف لايأكل بسرا فاكل بسرا مذنبا حنث وان اكل رطبا مذنبا فعلى الخلاف وذكر فى الهداية قول محمد مع قول ابى يوسف والنسخ المعتبرة كشروح الجامع الصغير والمبسوط والمنظومة والاسؤلة والايضاح وغيرها تشهد لماذكرت والبسر المذنب بكسر النون المشددة الذى اكثره بسر وشئ منه رطب والرطب المذنب الذى اكثره رطب وشئ منه بسر فالحاصل انه اعتبر الغالب اذ المغلوب فى مقابلته كالمعدوم عرفا فالذى عامته رطب يسمى رطبا عرفا لابسرا وشرعا اذ العبرة للغالب فى الاحكام الشرعية كما فى الرضاع وغيره ولهذا لو حلف لايشترى رطبا فاشترى بسرا مذنبا لايحنث ولهما انه اكل المحلوف عليه وزيادة فيحنث ولهذا لو ميزه واكله يحنث اجماعا فكذا اذا اكله مع غيره انتهى فبهذا علم ان عبارة المصنف لاتخلو عن شئ تأمل (وفى) حلفه (لايشترى رطبا فاشترى كباسة بسر) بالكسر هى عنقود النخل (فيها رطب لايحنث) لان الشراء صادف المجموع وكان الرطب تابعا وكذا لو حلف لايأكل شعيرا فاكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث لان الكل صادف شيئا فكان كل واحد منهما مقصودا وان حلف على الشراء لم يحنث كما فى الفتح وفى القهستانى اذ المتبادر من اضافة الكباسة الى البسر وجعلها ظرفا للرطب ان البسر غالب فلو كان الرطب غالبا وهو والبسر متساويين ينبغى ان يحنث (كما لو اشترى بسرا مذنبا) لما تقدم ان المغلوب تابع (وفى) حلفه (لايأكل لحما او بيضا) بلا نية (فاكل لحم سمك او بيضه لايحنث) والقياس ان يحنث وهو رواية شاذة عن ابى يوسف وهو قول الائمة الثلثة لانه يسمى لحما كما فى القرآن وجه الاستحسان ان الايمان مبنية على العرف لا على الفاظ القرآن كما بيناه آنفا فانه لو حلف لايركب دابة فركب كافرا او لايجلس على وتد فجلس على جبل لايحنث وان سمى فيه دابة واوتادا والعرف معنا ولهذا لايستعمل استعمال اللحوم لاتخاذ الباجات منه وبايع السمك لايسمى

لحما الاان نوى فحينئذ يعتبر لانه لحم من وجه وفيه تشديد عليه وكذا الحكم في بيضه لان اسم البيض عرفا يتناول بيض الطير بماله قشر فلا يدخل فيه بيض السمك الا بنية (وكذا في الشراء) اي حلف لايشتري لحما او بيضا فاشترى لحم السمك او بيضه لايحنث لما بيناه (ولو اكل لحم انسان او خنزير) في لا يأكل لحما (حنث) لوجود صورة اللحم ومعناه لانه ينشأ من الدم الا انه حرم اكله شرعا وذا لا يبطل حقيقته فرجعناه الى اليمين حرمته الا ترى لو حلف لايشرب شرابا يحنث بالخمر وان كانت حراما لانها شراب حقيقة و ذكر العتابي انه لايحنث وعليه الفتوى كما في الكافي وفي البحر هذا هو الحق اعتبارا للعرف (وكذا) اي حنث في لا يأكل (لو اكل كبدا او كرشا) لان منشأ هذه الاشياء من الدم والاختصاص باسم آخر لا للنقصان كالرأس والكراع قال صاحب المحيط هذا في عرف اهل الكوفة وفي عرفنا لايحنث فلذا قال (والمختار انه لايحنث بهما) اي بالكبد والكرش (في عرفنا) وفي الاختيار وغيره الكرش والكبد والرئة والفؤاد والرأس والاكارع والامعاء والطحال لحم لانها تباع مع اللحم وهذا في عرفهم واما في البلاد التي لا تباع مع اللحم فلا يحنث اعتبارا للعرف في كل بلدة في كل زمان فيكون الاختلاف اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان وفي الفتح وعلى المفتي ان يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه الحلف انتهى فاذا عرفت هذا فاعلم ان ما في الخانية رجل حلف ان لايشرب الشراب و لم ينو شيئا كانت اليمين على الخمر قال في عرفنا يقع اليمين على كل مسكر محمول على عرف بلده وزمانه لان في عرفنا لايطلق الا على الخمر فينبغي ان لايحنث في شرب غيره فالعجب ان بعض المفتين في ديارنا افتوا بالحنث في هذه المسئلة في شرب المسكر فلم اطلع على سببه تأمل فانه من مزالق الاقدام (كما لو اكل الية) بعد ما حلف لايأكل لحما فانه لايحنث لانه نوع آخر (وفي) حلفه (لا يأكل شحما يتقيد بشحم البطن فلا يحنث) عند الامام وهو قول مالك والشافعي في الاصح (بشحم الظهر) وهو الذي خالطه لحم (خلافا لهما) فانه يحنث عندهما بشحم الظهر ايضا لوجود خاصية الشحم وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا يرى انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله ويحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم فلا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وذكر الطحاوي انه قول محمد ايضا وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لايقع على شحم الظهر بحال كما في الهداية وما في الكافي من ان الشحوم اربعة شحم البطن وشحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء واتفقوا على انه يحنث بشحم البطن والثلاثة على الخلاف لايخلو من نظر بل لاينبغي خلاف في عدم الحنث بما في العظم قال الامام السرخسي ان احدا لم يقل بان مخ العظم شحم وكذا لاينبغي خلافا في الحنث بما على الامعاء لانه لايختلف في تسميته شحما كما في الفتح (ولو اكل الية او لحما) بعد ما حلف لا يأكل شحما (لايحنث اتفاقا) لما مر وفي الخلاصة لو حلف لا يأكل لحما حنث باكل لحم الابل والغنم والبقر والطيور مطبوخا كان او مشويا او قديدا كما ذكره في الاصل فهذا من محمد اشارة الى انه لايحنث بالنيء وهو الاظهر وعند الفقيه ابي الليث يحنث وفي الخانية لو حلف ان لايأكل لحم البقر فأكل لحم الجاموس او بالعكس حنث قال بعضهم لايكون حانثا وقال بعضهم ان حلف ان لايأكل لحم البقر فاكل لحم الجاموس حنث و بالعكس لايحنث وهذا اصح من الاولى قال مولانا و ينبغي ان لايحنث في الفصلين جميعا لان الناس يفرقون بينهما وهو كما لو حلف ان لايأكل لحم الشاة فاكل لحم العنز سواء كان الحالف مصريا او قرويا وعليه الفتوى وفي المنح حلف لايأكل من هذا الحمار يقع على كرائه ولو حلف لايأكل من هذا الكلب لايقع على صيده ويقع على لحمه (وفي) حلفه (لايأكل من هذه الحنطة يتقيد باكلها قضما) بفتح القاف وسكون الضاد المعجمة الاكل باطراف الاسنان (فلا يحنث باكل خبزها) عند الامام وبه قال مالك والشافعي حتى يأكل عينها (خلافا لهما) اي قالا كما يحنث بأكل عينها يحنث باكل خبزها على الصحيح لان اكل الحنطة مجاز عرفا عن اكل ما يتخذ منها فينصرف

اليه الا انه اذا اكلها قضما يحنث ايضا لانه مستعمل في معناها حقيقة فصار كما اذا حلف لا يدخل دار فلان فدخلها حافيا او راكبا يحنث وانما قلنا على الصحيح احترازا عن رواية الاصل انه لا يحنث عندهما اذا قضمها ولهما ان الكلام اذا كان له حقيقة مستعملة فالعمل بها اولى من المجاز المتعارف فصار كما لو حلف لا يأكل من هذه الشاة فاكل لبنها لا يحنث هذا اذا لم ينو شيئا وان نوى ان لا يأكل حبا حبا يحنث باكلها حبا حبا ولا يحنث باكل خبزها اتفاقا ولو اكل من زرع البر المحلوف عليه لم يحنث كما في المحيط (وفي) حلفه (لا يأكل من هذا الدقيق يحنث باكل خبزه) فلو اكل عصيدته يحنث لانه قد تؤكل كذلك لان اكل الدقيق هكذا يكون عند العقلاء فينصرف الى ما هو معتاد بينهم كما في المحيط والافراد بذكر الخبز من المصنف ليس لنفي ما يتخذ منه بل لكونه كثير الاستعمال اورده على سبيل التمثيل غايته انه صرح بالخبز لانه هو الاصل والغير تبع له يؤيده قوله متصلا به (لا بسفه) اى لا يحنث بسف عين الدقيق لان عينه غير مأكول بخلاف الحنطة فانه صرف الى ما يتخذ منه لتعين المجاز مرادا كما لو اكل عين النخالة كما مر (في الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ انه يحنث بالسف وبه قال الشافعي ومالك لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط به وان عنى اكل الدقيق بعينه لم يحنث باكل الخبز لانه نوى حقيقة كلامه (والخبز يقع على ما اعتاده اهل مصره) اى مصر الحالف الا عند الشافعي ومالك اى خبز كان يحنث باكله (كخبز البر والشعير) فاذا حلف لا يأكل خبزا حنث باكل خبز البر والشعير بلاد يعتاد فلو كان بموضع لا يعتاد فيه خبز الشعير مثلا لم يحنث باكله كما في البحر (فلا يحنث بخبز القطايف) لانه لا يسمى خبزا مطلقا (او خبز الارز بالعراق) لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان في بلد يعتاد ذلك كطبرستان حنث ويحنث الحجازي واليمني بخبز الذرة لانهم يعتادونه (الا اذا نواه) فانه حينئذ يحنث به لانه يحتمله وفي البحر ودخل في الخبز الكماج ولا يحنث بالثريد وفي الخلاصة حلف لا يأكل من هذا الخبز فاكله بعد ما تفتت لا يحنث ولا يحنث بالعصيدة والططماج ولا يحنث اودقه فشرب به وعن الامام في حيلة اكله ان يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا وفي الظهيرية او حلف لا يأكل خبز فلانة فالخبازة هي التي تضرب الخبز في التنور دون التي تعجنه وتهيئه للضرب فان اكل من خبز التي ضربته حنث والا فلا (والشواء) يقع (على اللحم لا على الباذنجان او الجزر او البيض) لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق (الا اذا نواه) لان فيه تشديدا على نفسه (والطبيخ) يقع (على ما يطبخ من اللحم بالماء) وهذا استحسان اعتبارا للعرف والقياس ان يحنث في اللحم وغيره مما هو مطبوخ لكن الاخذ بالقياس متعذر اذ المسهل من الدواء مطبوخ فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء (وعلى مرقه) لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا فلم يحنث باكل قلية يابسة لا مرق فيها وفي الزاهدي قلت هذا في عرفهم اما في عرفنا يحنث باكل مطبوخ وقال يعقوب باشا ينبغي ان يحنث بطبيخ بلا لحم في هذا الزمان لاطلاقهم عليه طبيخا عرفا تأمل (الا اذا نوى غير ذلك) وعن ابن سماعة الطبيخ يكون على الشحم فان طبخ عدسا او ارزا بودك فهو طبيخ وان كان بسمن او زيت فليس بطبيخ ولو حلف لا يأكل طبيخ فلان فطبخ هو وآخر واكل الحالف منه حنث لان كل جزء منه يسمى طبيخا وكذا من خبز فلان فخبز هو وآخر وكذا من رمان اشتراه فلان فاشتراه هو وآخر وكذا لا يلبس من نسيج فلان فنسج هو وآخر ولو قال من قدر طبخها فلان فاكل ما طبخا لم يحنث لان اكل جزء من القدر ليس بقدر ولو حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانة فلا بد ان يكون جميعه من غزلها حتى لو كان فيه جزء من الف جزء من غزل غيرها لم يحنث كما في الاختيار (والرأس على ما يباع في مصره) اى مصر الحالف (ويكبس) اى يدخل (في التنانير) جمع تنور فيحنث باكل رأس الغنم والبقر عند الامام واما عندهما فيأكل رأس الغنم خاصة والمعول عليه في زماننا العادة

كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان ما فى التبيين من ان الاصل اعتبار الحقيقة اللغوية ان امكن العمل بها والا فالعرف مردود لان الاعتبار انما هو العرف وتقدم ان الفتوى على انه لا يحنث باكل لحم الخنزير والآدمى وفى البحر ولو كان هذا اصل المذكور منظورا اليه لما تجاسر احد على خلافه فى الفروع وبما ذكرناه اندفع ما ذكره الاسبيجابى من انه فى الاكل يقع على الكل اذا اكل ما يسمى رأسا وفى الشراء يقع على رأس البقر والغنم عنده وعندهما على الغنم خاصة ولا يقع على رأس الابل اجماعا انتهى (و) تقع (الفاكهة على التفاح والبطيخ والمشمش) والتين والخوخ والسفرجل والاجاص والكمثرى والجوز واللوز والفستق والعناب (لا العنب والرطب والرمان) الا بالنية عند الامام (وعندهما) وهو قول الائمة الثلثة تقع (على العنب والرطب والرمان ايضا) اى كما تقع على الثلثة المذكورة (ولا تقع على القثاء والخيار اتفاقا) لانهما من البقول وكذا الباقلاء والسمسم والجزر وفى القهستانى ان اليابس منها كالزبيب والتمر وحب الرمان ليست بفاكهة وفى المحيط اليابس من الاثمار فاكهة الا البطيخ واليه مال شمس الائمة وذكر فى الكشف الكبير ان هذا اختلاف عصر وزمان فالامام افتى على حسب عرفه وتغير العرف فى زمانهما وفى عرفنا ينبغى ان يحنث بالاتفاق وفى القهستانى والفتوى على قولهما وفى المحيط ان العبرة فى جميع ذلك العرف فما يؤكل على سبيل التفكه عادة و يعد فاكهة فى العرف يدخل تحت اليمين وما لا فلا (و) يقع (الادام) على (ما يصطبغ به) على بناء المفعول اى شئ يختلط به الخبز وذلك بالمائع دون غيره (كالخل والزيت واللبن) والعسل والدبس (وكذا الملح) فانه وان كان لا يؤكل وحده عادة ولكنه يذوب فى الفم فيحصل الاختلاط فى الخبز (لا اللحم والبيض والجبن الاباانية) عند الامام وهو الظاهر من قول ابى يوسف لانها تفرد بالاكل وما امكن افراده بالاكل ليس بادام وان اكل مع الخبز (وعند محمد) وهو قول الائمة الثلثة (هى) اى اللحم والبيض والجبن (ادام ايضا) اى كالخل والزيت واللبن والملح وهو رواية عن ابى يوسف و به اخذ ابو الليث وعليه الفتوى لان مبناها العرف كما فى البحر والتنوير فعلى هذا لو قدمه لكان اولى تأمل (والعنب والبطيخ ليسا بادام فى الصحيح) يعنى بالاتفاق كما ذكره شمس الائمة السرخسى وفى العناية هو الصحيح وقال بعض مشايخنا انه على هذا الاختلاف وفى المحيط قال محمد التمر والجوز ليس بادام لانه يفرد بالاكل فى الغالب وكذا العنب والبطيخ والبقل لانه لا يؤكل تبعا للخبز بل يؤكل وحده غالبا وكذا سائر الفواكه حتى لو كان فى موضع يؤكل تبعا للخبز غالبا يكون اداما عنده اعتبار العرف وهو الاصل فى هذا الباب (والغداء) والاولى التغدى لان الغداء حقيقة بالفتح والمد اسم لما يؤكل فى الوقت الخاص لا الاكل (الاكل) اى المأكول الذى يقصد به الشبع عادة فلو اكل لقمة او لقمتين لم يحنث حتى يزيد على نصف الشبع قال بعض الافاضل هذا فى الغداء والعشاء واما فى السحور يحنث باكل لقمة او لقمتين وكذا لو شرب المصرى اللبن (فيما بين طلوع الفجر والزوال) فلو حلف لا اتغدى فاكل فيما بينهما حنث ولو اكل قبله او بعده لا وجنس المأكول ما يأكله اهل بلده فلو حلف لا يتغدى فشرب اللبن وحصل به الشبع لا يحنث ان كان مصريا و يحنث ان بدويا وقال الكرخى لو اكل تمرا او ارزا وغيره حتى يشبع لا يحنث ولا يكون غداء حتى يأكل الخبز وكذا ان اكل لحما بغير خبز اعتبار العرف كما فى الاختيار (والعشاء) والاولى التعشى لان العشاء بالفتح والمد اسم المأكول فى هذا الوقت كما تقدم فى الغداء الاكل (فيما بين الزوال ونصف الليل) فلو حلف لا اتعشى يراد به هذا وقال الاسبيجابى هذا فى عرفهم واما فى عرفنا فوقت العشاء بعد صلاة العصر وفى البحر هذا هو الواقع فى عرف ديارنا لانهم يسمون ما يأكلونه بعد الزوال وسطانية (والسحور) والاولى التسحر لما مر وهو الاكل (فيما بين نصف الليل وطلوع الفجر) فلو حلف لا اتسحر يراد به هذا والتصبح من طلوع الشمس الى ارتفاع الضحى (وفى ان اكلت او شربت او لبست او كلمت او تزوجت او خرجت) فعبدى حر

مقلا ولم يذكر مفعوله (ونوى) امرا (معينا) بان قال نويت الخبز او اللحم او نحوه مثلا (لايصدق) اصلا لاقضاء ولاديانة لان النية انما تصح في الملفوظ لان الخبز ومايضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لاعموم له فلغت نية التخصيص فيحنث باى شئ اكل اوشرب اولبس اوغيره وعند الشافعي يصدق ديانة لان للمقتضى عموما عنده وهو رواية عن ابى يوسف وبه اخذ الخصاف وفي الفتح كلام فليطالع (ولو زاد طعاما) في ان اكلت (اوشرابا) في ان شربت (ونحوه صدق ديانة لاقضاء) لانه نكرة في حيز الشرط فتعم كالنكرة في النفي لكنه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي وعلى هذا ان اغتسل ونوى تخصيص الفاعل او المكان او السبب بدون ذكره لايصدق وفي الفتح لو حلف لايتزوج امرأة ونوى كوفية لاتصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى حبشية اوعربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص الجنس (وفي) حلفه (لايشرب من دجلة لايحنث بشربه منها باناء مالم يكرع) الا اذا نوى الاغتراف صدق ديانة والكرع تناول الماء من موضعه بفيه لا بالكف والاناء فلو مد عنقه نحوه وشرب بفيه حنث وهذا عند الامام (خلافا لهما) فانه يحنث بشربه منها باناء عندهما وهو قول الائمة الثلثة لانه المتعارف يقال شرب اهل بغداد من دجلة والمراد الشرب باى شئ كان وله ان حقيقة الشرب من دجلة بالكرع وهي مستعملة فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وهذا بناء على ان الكلام اذا كان له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف فالعمل بالحقيقة اولى عنده وعندهما العمل بعموم المجاز اولى وفي المجتبى وجنس هذه المسائل اصل حسن وهو انه متى عقد يمينه على شئ ليس له حقيقة مستعملة وله مجاز متعارف يحمل على المجاز اجماعا كما اذا حلف لايأكل من هذه النخلة وان كانت له حقيقة مستعملة يحمل على الحقيقة اجماعا كمن حلف لايأكل لحما وان كانت له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف فعنده يحمل على الحقيقة وعندهما يحمل عليهما لكن لابطريق الجمع بين الحقيقة والمجاز ولكن بمجاز يعم افرادهما وهو الاصح (وان قال لايشرب (من ماء دجلة حنث بالاناء اتفاقا) لان اليمين عقدت على الماء دون النهر وفيه اشارة الى انه اذا شرب من فوق رأسه في الماء حنث والى انه لو حلف على نهر بعينه فشرب من نهر اخذ منه كرعا او اغترافا لم يحنث ولو حلف من ماء هذا النهر فشرب من نهر اخذ منه حنث وفي الشمنى ولو حلف لايشرب ماء فراتا اومن ماء فرات يحنث بكل ماء عذب في اى موضع كان (وكذا في الجب والبئر) اى حلف لايشرب من هذا الجب اومن هذا البئر يحنث بشربه بالاناء اجماعا لانه لايمكن فيه الكرع فتعين المجاز وان كان يمكن الكرع فعلى الخلاف ولو تكلف فشرب الكرع فيما لايمكن الكرع لايحنث لان الحقيقة والمجاز لايجتمعان وفي الاختيار هذا في البئر واما الجب ان كان ملأنا يمكن الشرب منه لايحنث الابالكرع عنده كما في النهر (وفي الاناء بعينه) اى لو حلف لايشرب من هذا الاناء فهو على الشرب بعينه لانه المتعارف فيه (وامكان البر) ورجاء الصدق عند الطرفين (شرط صحة) انعقاد (الحلف) المطلق والمقيد سواء كان قسما اوغيره (خلافا لابي يوسف) فان اليمين عقد فلابد له من محل ومحله عنده خبر في المستقبل سواء كان الحالف قادرا عليه اولا كمسئلة مس السماء وعندهما محل اليمين خبر فيه رجاء الصدق لان محل الشئ مايكون قابلا لحكمه وحكم اليمين البر ولايخفى ان اوائل الكتاب اولى بهذا الاصل (فمن حلف) بالله (لاشربن ماء هذا الكوز اليوم) اوان لم اشربه اليوم فعبدي حر مثلا (ولاماء فيه) سواء علم به اولا كما في اكثر الكتب ويؤيده اطلاقه لكن الاسبيجابي قيده بعدم علمه بان لاماء فيه واما اذا علم بان لاماء فيه يحنث بالاتفاق لتحقق العدم (او) قد (كان) فيه (فصب) اوشرب غيره اومات (قبل مضيه) اى مضي اليوم (لايحنث) عند الطرفين لانه اذا لم يكن في الكوز ماء فالبر غير ممكن سواء ذكر اليوم اولا وان كان فيه ماء فان ذكر اليوم فالبر انما يجب عليه في الجزء الاخير من اليوم فاذا صب لم يكن البر متصورا فلا تنعقد اليمين (خلافا له) اى فيحنث عند ابي يوسف في الصورتين لانه انعقدت لكنه يعجز في الاولى ولم تنحل في الثانية بالهلاك وقال

الشافعي ومالك او تلف بلا اختياره لا يحنث (وكذا) على هذا الخلاف (ان) اطلق اليمين و
(لم يقل اليوم) ولا ماء فيه (الا ان كان) فيه ماء (فصب فانه يحنث) حينئذ (بالاتفاق) اما عنده
فظاهر واما عندهما فلان البر يجب عليه كما فرغ من اليمين لكن موسعا بشرط ان لا يفوته في مدة
عمره والبر متصور عند الفراغ فانعقدت اليمين الا ان ابا يوسف يقول ان الحنث في المطلق في الحال
وفي الموقت بعد مضي الوقت ومن فروع هذه المسئلة ما ذكره التمرتاشي وهو ما لو قال لامرأته ان لم تهبي
مهرك اليوم لي فانت طالق وقال ابوها ان وهبت مهرك لزوجك فامك طالق فالحيلة في عدم حنثهما
ان تشتري منه بمهرها ملفوفا وتقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث الاب لانها لم تهب ولم يحنث
الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان المهر سقط عن الزوج بالبيع (وفي) حلفه
(ليصعدن) اوليمسن (السماء اوليطيرن في الهواء اوليقلبن هذا الحجر ذهبا اوليقتلن زيدا) حال
كون الحالف (عالما بموته) اي موت زيد (انعقدت) اليمين لامكان ان يخلق الله تعالى هذه الافعال
في حقه كما في حق بعض الاولياء وقال زفر والشافعي لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه
المستحيل حقيقة (وحنث للحال) للعجز الثابت عادة بخلاف مسئلة الكوز لانه لم يتصور البر بخلق الله
تعالى لان المحلوف غير المحلوف عليه كما في القهستاني وغيره وفيه بحث من وجهين تأمل وهذا
اذا كانت اليمين مطلقة واما اذا كانت موقتة لا يحنث حتى يمضي ذلك الوقت وقال زفر يحنث للحال
قال الزيلعي وهذا القول لا يستقيم منه لانه يمنع الانعقاد على ما ذكر آنفا الا اذا حمل على ان له رواية
اخرى انتهى لكن يمكن التوجيه بوجه آخر وهو ان جوابه في الموقت بخلاف الجواب في المطلق تأمل
قيد بالفعل لانه لو حلف على الترك بان قال ان تركت مس السماء فعبدي حر مثلا لم ينعقد لان الترك
لا يتصور في غير المقدور في كما البحر (وان لم يعلم بموته) اي موت زيد (فلا) يحنث عندهما اذ حينئذ
يراد القتل المتعارف وهو ممتنع بخلاف ما اذا علم فانه حينئذ يراد قتله بعد احياء الله تعالى وهو ممكن
(خلافا لابي يوسف) لان امكان البر ليس شرطا لانعقاد اليمين عنده (وفي حلفه لا يتكلم فقرأ
القرآن اوسبح اوهلل اوكبر لا يحنث سواء) كان (في الصلوة اوخارجها هو المختار) اختاره خواهر زاده
لانه لا يسمى متكلما عرفا وشرعا وعند الشافعي يحنث وهو القياس لانه كلام حقيقة كما في اكثر الكتب
وجعل صاحب الكافي قول الشافعي كقول خواهر زاده واختار صاحب الهداية
انه اذا قرأ في الصلوة لا يحنث وفي خارجها يحنث وهو ظاهر المذهب وفي الكافي قال الفقيه ابو الليث
ان عقد يمينه بالفارسية لا يحنث بالقراءة او التسبيح خارج الصلوة ايضا للعرف فانه يسمى قارئا مسبحا
وعليه الفتوى وفي البحر ان المختار للفتوى ان اليمين ان كانت بالعربية لم يحنث بالقراءة في الصلوة
ويحنث بالقراءة خارجها وان كانت بالفارسية لا يحنث مطلقا وفي الفتح ان قول خواهر زاده مختار
للفتوى من غير تفصيل بين عقد اليمين بالعربية او بالفارسية وفي المنح فقد اختلف الفتوى والافتاء
بظاهر المذهب اولى انتهى لكن الاولوية غير ظاهرة لما ان مبنى الايمان على العرف المتأخر ولما علمت
من اكثرية التصحيح له ونقل عن تهذيب القلانسي انه لا يحنث بقراءة الكتب ظاهرا وباطنا في عرفنا تأمل
(وفي) حلفه (لا يكلمه فكلمه بحيث يسمع) نفسه (وهو) اي والحال ان المحلوف عليه (نائم حنث
ان ايقظه) وهو رواية المبسوط وعليه مشايخنا وهو المختار وفي التحفة وهو الصحيح لانه اذا لم ينتبه
كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته (وقيل) حنث (مطلقا) سواء ايقظه او لم يوقظه
لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله
واليه مال القدوري وصححه الامام السرخسي وفي الذخيرة لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستأنف
بعد اليمين منقطع عنها لا متصل بها فلو قال موصلا ان كلمتك فكذا فاذهبي او اخرجي او شتمها متصلا
لم يحنث لانه يكون من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين ولو كتب اليه كتابا او ارسل اليه رسولا

لايحنث كما فى الشمنى (ولوكلم غيره) بعدما حلف لايكلمه (وقصد اسماعه لايحنث) لانه لم يكلمه حقيقة (ولوسلم على جماعة هو فيهم حنث) لان السلام كلام للجميع (وان نواهم دونه لايحنث) ديانة لعدم القصد ولايصدق قضاء لان الظاهر انه للجماعة والنية لايطلع عليها الحاكم كما فى الاختيار وعلى هذا لوقيده بالديانة لكان اوضح وفى الاختيار ولوكان الحالف اماما فسلم والمحلوف عليه خلفه لايحنث بالتسليمتين ولوكان الحالف هو المؤتم فكذلك وعن محمد يحنث لانه يصير خارجا عن صلاة الامام بسلامه خلافا لهما ولوسبح به فى الصلوة اوفتح عليه لم يحنث وخارجها يحنث ولوقرع الباب فقيل من القارع يحنث قال ابو الليث ان قال بالفارسية كيست لايحنث لانه ليس بخطاب وان قال كه تو يحنث لانه خطاب له وهو المختار وفى التبيين لوقال لغيره ان ابتدأتك بالكلام فعبدى حر فالتقيا فسلم كل منهما على صاحبه لايحنث لانه لم يوجد منه كلام بصفة البداية وهو المحلوف عليه وسقط اليمين عن الحالف لان كل كلام يوجد من الحالف بعد ذلك يكون بعد وجود الكلام من المحلوف عليه فلايحنث لان شرط حنثه ان يكون قبله وعلى هذا لوكان كل واحد منهما حالفا ان لايكلم صاحبه والمسئلة بحالها لايحنث كل واحد منهما ابدا لما ذكرنا ولوقال لامرأته ان كلمتك بعد هذا قبل ان تتكلم فامرأتى طالق فقالت ان كلمتك قبل ان تكلمنى فجميع ما املكه حر ثم ان الزوج كلمها بعد ذلك لايحنث (ولوقال) لااكلمه (الاباذنه فاذن له ولم يعلم) المأذون اذنه (فكلمه حنث) عند الطرفين اذ الاذن هو الاعلام (خلافا لابى يوسف) فانه قال لايحنث لحصول الاذن دون العلم به وقال نصير ان الاذن قد وجد بدون العلم بالاجماع وانما الخلاف فى الامر كما فى القهستانى (وفى) حلفه (لايكلمه شهرا فهو من حين حلفه) لانه لولم يذكر الشهر تتأبد اليمين فذكر الشهر لاخراج ماوراءه فبقى مايلى يمينه داخلا بدلالة حاله بخلاف لاعتكفن اولاصومن شهرا فان التعيين اليه بخلاف ما اذا قال تركت الصوم شهرا فانه يتناول من حين حلف لان تركه مطلقا يتناول الابد فذكر الوقت لاخراج ماوراءه فهو كقوله ان تركت كلامه شهرا اوان لم اساكنه شهرا كما فى المنح (و) فى حلفه (يوم اكلمه لمطلق الوقت) لان اليوم اذا قرن بفعل لايمتد يراد به مطلق الوقت والكلام لايمتد وقدمر فى الطلاق (وتصح نية النهار فقط) بالاجماع ديانة وقضاء لارادة الحقيقة وعن ابى يوسف انه لايصدق قضاء لانه خلاف المشهور (و) فى حلفه (ليلة اكلمه) يقع (على الليل فحسب) دون مطلق الوقت لانه المستعمل فيه (وفى) حلفه (ان كلمته) اى فلانا (الا ان يقدم زيد او) قال ان كلمته (حتى يقدم) زيد (او) قال ان كلمته (الا ان يأذن زيد او) قال ان كلمته (حتى يأذن) زيد فعبدى حر (فكلمه قبل ذلك) اى قبل قدومه او اذنه (حنث) اى عتق فى الوجوه كلها لبقاء اليمين ولوكلمه بعد القدوم او الاذن لا لانتهاء اليمين (وان مات زيد سقط الحلف) عند الطرفين لانتفاء تصور البر وهو شرط الانعقاد عندهما خلافا لابى يوسف لما تقدم كما وقال لغيره والله لااكلمك حتى يأذن لى فلان اوقال لغريمه والله لاافارقك حتى تقضينى حقى فمات فلان قبل الاذن اوبرئ من الدين فاليمين ساقطة فى قولهما خلافا له وعلى هذا لوحلف ليوفينه اليوم فابرأه الطالب فيجب ان يعلم ان كلمة مازال ومادام وماكان غاية منتهى اليمين بها فاذا حلف لايفعل كذا مادام بخارى فخرج تنتهى اليمين بالخروج فلوعاد بعده وفعل لايحنث (وفى) حلفه (لايأكل طعام فلان اولايدخل داره اولايلبس ثوبه اولايركب دابته اولايكلم عبده ان عين) الطعام والدار والثوب والدابة والعبد بان قال طعام زيد هذا مثلا (وزال ملكه) عنها (وفعل) الحالف واحدا من هذه الافعال بعد ذلك (لايحنث) عند الطرفين (خلافا لمحمد فى العبد والدار) قال فى الكافى وغيره فى هذه المسئلة وعند محمد يحنث لانه جمع بين الاشارة والاضافة وكل واحد منهما للتعريف الا ان الاشارة ابلغ فى التعريف لانها تقطع شركة الاغيار والاضافة لا تقطع فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة

والمشار اليه قائم فيحنث ولهما ان اليمين عقدت على عين مضاف الى فلان اضافة ملك فلا تبقى اليمين بعد زوال الملك كما اذا لم يشر وهذا لان هذه الاعيان لا يقصد هجر انها لذواتها بل لاذى من ملاكها واليمين تتقيد بمقصود الحالف فصار كانه قال مادام لفلان نظرا الى مقصوده انتهى فاذا عرفت هذا فاعلم ان خلاف محمد ليس فى العبد والدار فقط بل فى جميع الاشياء المذكورة من الطعام والثوب وغيرهما وتخصيصه بالعبد والدار مخالف لما فى الكافى وغيره والصواب تركه تتبع (وفى المتجدد) من الاشياء المذكورة بان اشترى فلان طعاما آخر اودارا اوثوبا اودابة اخرى اوعبدا آخر ففعل الحالف واحدا من هذه الافعال (لا يحنث اتفاقا) لوقوع اليمين على المشار اليه (وان لم يعين) الحالف اى اضاف الى فلان ولم يعين الطعام والدار والثوب والدابة والعبد بل اطلقه بان قال طعام زيد مثلا (لا يحنث) لو فعل واحدا من هذه الافعال المذكورة (بعد الزوال) اى بعد زوال الاضافة لانه عقد يمينه على فعل واقع فى محل مضاف الى فلان ولم يوجد فلا يحنث (ويحنث بالمتجدد) اى بالفعل فى المتجدد لوجود الشرط وهو النسبة والاضافة الى فلان وعدم الاشارة وفى الكافى وعن ابى يوسف انه يحنث فى المتجدد ملكا فى الدار لان الملك لا يستحدث فيها عادة فهو آخر ما يباع واول ما يشترى فتقيد اليمين المضافة اليها بالقائمة فى ملكه وقت الحلف وعنه فى رواية تتقيد اليمين فى الجميع بالقائم فى ملكه وقت الحلف (وفى) حلفه (لا يكلم امرأته وصديقه يحنث فى المعين) بان قال لا يكلم امرأته هذه اوصديقه هذا يحنث فى المعين (بعد الابانة) للزوجة (والمعاداة) للصديق اجماعا لان الحر يهجر لذاته ولم يظهر ان الداعى معنى فى المضاف اليه فلغى وصف الاضافة وتعلقت اليمين بالذات (وفى غيره) اى غير المعين بان قال لا يتكلم امرأة فلان اوصديق فلان (لا) يحنث لان مجرد هجران الحر لغيره محتمل وترك الاشارة اليه والتسمية باسمه يدل على ذلك فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك (الا فى رواية عن محمد) لان المقصود هجرانه والاضافة للتعريف فصار كالمشار اليه فيحنث عنده (ويحنث بالمتجدد) اى بالفعل فى المتجدد وفى الاختيار وغيره ولو لم يكن له امرأة ولا صديق فاستحدث ثم كلمه حنث خلافا لمحمد هذا اذا لم تكن له نية واما اذا نوى فعلى مانوى لانه نوى محتمل كلامه (وفى) حلفه (لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه) اى الطيلسان (وكلمه حنث) لان الامتناع لذاته لا للطيلسان فكانت الاضافة للتعريف فتعلقت اليمين بالمعروف ولهذا لو كلم المشترى لا يحنث لو حلف (لا اكلمه حينا اوزمانا) منكرا (اوالحين اوالزمان) معرفين باللام (ولا نية له فهو) يقع (على ستة اشهر) لمجىء الحين له ولساعة ولاربعين سنة فيحمل على الوسط وهو ستة اشهر وعند الشافعى ساعة وعند مالك سنة (ومعها) اى مع النية (مانوى) من الزمان اليسير والمديد والوسط لانه حقيقة كلامه (وان قال) لا اكلمه (الدهر او الابد) معرفين باللام (فهو على العمر) يعنى يراد به مادام حيا بالاجماع (ولو قال دهرا) منكرا (فقد توقف الامام وعندهما هو كالزمان) وبه قالت الائمة الثلثة وهذا الاختلاف فى المنكر على الصحيح ❁ واعلم ان ما توقف فيه الامام اربع مسائل الدهر والخنثى المشكل ووقت الختان ومحل اطفال المشركين فى الآخرة وفى البحر وقد توقف الامام فى اربع عشرة مسئلة وفى هذا التوقف تصريح بكمال علمه وورعه وفيه تنبيه لكل احد ان لا يستنكف من التوقف فيما لا وقوف له عليه اذ المجازفة افتراء على الله بتحريم الحلال وضده كما فى الحقايق (ولو قال) لا اكلمه (اياما اوشهورا اوسنين فعلى ثلثة) من كل صنف بالاجماع وهو رواية الجامع الكبير وهو الاصح لانها اقل الجمع وعن الامام فعلى عشرة وفى التنوير حلف لا يكلم عبيد فلان اولا يركب دوابه اولا يلبس ثيابه ففعل ثلثة منها حنث وان كان له اكثر من ثلثة والا لا ولو كانت يمينه على زوجاته اواصدقائه اواخوته لا يحنث مالم يكلم الكل (وان عرف) اى قال لا اكلمه الايام اوالشهور اوالسنين (فعلى عشرة كاياما كثيرة) لانه جمع معرف فينصرف الى اقصى مايذكر

من الجمع وهو العشرة عند الامام وهو الصحيح (وقد يقع على جمعة) اى على سبعة (فى الايام وسنة فى الشهور والعمر فى السنين) وقيل لوكانت اليمين بالفارسية فالايام سبعة بالاتفاق ورأس الشهر وغرة الشهر الليلة الاولى مع اليوم وسلخ الشهر اليوم التاسع والعشرون واول الشهر من اليوم الاول الى السادس عشر وآخر الشهر منه الى الآخر الا اذا كان تسعة وعشرين فان اوله الى وقت الزوال من الخامس عشر وما بعده آخر الشهر واول اليوم الى ما قبل الزوال و يحكم العرف فى فصول السنة على ما روى عن محمد كما فى القهستانى

﴿باب اليمين فى الطلاق والعتاق﴾

الاصل فى هذا الباب ان الولد الميت ولد فى حق غيره لا فى حق نفسه وان الاول اسم لفرد سابق والآخر لفرد لاحق والاوسط لفرد بين عددين متساويين وان الشخص متى اتصف بالاولية لا يتصف بالآخرية للتنافى بينهما وان اتصاف الفعل بالاولية لا ينافى اتصافه بالآخرية لان الفعل الثانى غير الاول (قال) رجل لامرأته اوقال لامته (ان ولدت فانت كذا) اى طالق او حرة (حنث بالميت) اى طلقت المرأة و عتقت الجارية بولد ميت لوجود الشرط وهو ولادة الولد الا يرى انه يقال ولدت ولدا حيا وولدت ولدا ميتا (ولو قال) لامته اذا ولدت ولدا (فهو) اى الولد (حر فولدت) ولدا (ميتا ثم) ولدا (حيا عتق) الولد (الحى) عند الامام (خلافا لهما) اى قالا لا يعتق واحد منهما لان اليمين انحلت لوجود الشرط وهو ولادة الولد الميت لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وله ان الشرط ولادة الحى لانه وصفه بالحرية ومن ضرورتها الحيوة فصار كقوله اذا ولدت ولدا حيا فهو حر بخلاف حرية الام والطلاق لانه لم يقيده بالحيوة فافترقا (وفى اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا عتق) لتحقق الاولية فانه اسم لفرد سابق وقد وجد (ولو ملك عبدين معا ثم آخر لا يعتق واحد منهم) لعدم التفرد والسبق (ولو زاد) الحالف فى كلامه السابق (وحده عتق الآخر) اى الثالث لانه اول عبد ملكه وحده قيده بوحده لانه لو قال واحدا لا يعتق الثالث لاحتمال ان يكون فى قوله واحدا حالا من العبد او المالك فلا يعتق بالشك الا اذا عنى الوحدة وتمامه فى التبيين فليطالع ومراده من زيادة وحده انه زاد وصفا للاول سواء كان وحده اولا فشمل ما لو قال اول عبد اشتريه بالدنانير فهو حر فاشترى عبيدا بالدراهم او بالعروض ثم اشترى بالدنانير فانه يعتق وكذا لو قال اول عبد اشتريه اسود فهو حر فاشترى عبيدا بيضاء ابيض ثم اسود فانه يعتق و لو قال اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق الكامل وتمامه فى البحر فليراجع (ولو قال آخر عبد املكه) فهو حر (فمات) المالك (بعد ملك عبد واحد لا يعتق) هذا العبد اذ الآخر اسم لفرد لاحق (ولو) مات (بعد ملك عبدين متفرقين عتق الآخر) لاتصافه بالآخرية لان له سابقا وهذا الحكم ظاهر وانما ذكره ليبنى عليه قوله (منذ) اى حين (ملكه) وهو وقت الشراء (من كل ماله) عند الامام لانه صحيح يوم الشراء اذ لو كان الشراء فى مرض موته يكون العتق من الثلث بلا خلاف فبهذا لو قيده بالصحة لكان اولى (وعندهما) وهو قول الائمة الثلثة (يعتق عند موته من الثلث) اى من ثلث ماله على كل حال لتحقق الاخرية (وعلى هذا) الخلاف اذا قال (آخر امرأة اتزوجها فهى طالق ثلثا) يقع منذ تزوجها (فلا ترث) عند الامام فلا يصير فارا لانه كان صحيحا فى هذا اليوم وتعتد عدة الطلاق بلا احداد لانه كان حيا ولها مهر ونصف مهر ان كانت مدخولا بها مهر بالدخول بشبهة ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول (خلافا لهما) اى وعندهما يقع عند الموت فيصير فارا او ترث ولها مهر واحد و تعتد مع الحداد عند ابى يوسف عدة الفراق ثلث حيض وعند محمد عدة الوفاة يستكمل فيها ثلث حيض كما فى مبسوط صدر الاسلام (وفى كل عبد يبشرنى بكذا فهو حر فبشره ثلثة متفرقون عتق الاول) لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه و يشترط كونه سارا فى العرف وهذا انما يتحقق من الاول (وان بشروه معا عتقوا) لان البشارة تحققت من الكل قال الله تعالى فبشرناه بغلام حليم (ولو قال من اخبرنى) مكان

بشرني (عتقوا في الوجهين) اي في التفرق والجمع لانه خبر وان كان عند المخاطب علمه لكنه يشترط ان يكون صدقا كالبشارة بخلاف من اخبرني ان فلانا قدم فكذا فاخبره واحد كذبا فانه يعتق لانه ينطلق على الكذب والصدق ولا فرق في البشارة بين الباء وعدمها بخلاف الخبر كما في البحر ولو ارسل اليه العبد عتق في البشارة والخبر لان الكتابة والمراسلة تسمى بشارة وهذا بخلاف الحديث حيث لا يحنث الا بالمشافهة ولو ان عبده ارسل عبدا آخر بيشارته فان اضاف الى المرسل عتق والا فالرسول (ولو نوى كفارته بشراء ابيه) او غيره من ذي رحم محرم وتقييده بالاب اتفاقي وعلى هذا او قال بشراء كل قريب محرم لكان اولى تدبر (سقطت) اي الكفارة عندنا وعند زفر والائمة الثلثة لا يجزيه عنها وهو قول الامام اولا والاصل في هذا ان النية ان قارنت علة العتق والحال ان رق المعتق كامل صح التكفير والا فلا وان القرابة عندهم علة للعتق والملك شرط وعندنا الامر على العكس لان الشارع جعل شراء القريب اعتاقا فاذا اشترى اباه بنية الكفارة كانت النية مقارنة لعلة العتق فيعتق عنها (لا) اي لا تسقط الكفارة (بشراء امة استولدها بالنكاح) اي او قال لامة الغير قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه لان الرق فيها ناقص كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ان عبارته لا تخلو عن التسامح ولقد احسن صاحب التنوير حيث قال ولا بشراء مستولدة بنكاح علق عتقها عن كفارته بشرائها تأمل (او) بشراء (عبد حلف بعتقه) اي قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فشراه بنية الكفارة لا تسقط الكفارة لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين واما الشراء فشرطه لا يقال قد ذكر في اصول الفقه ان التعليق عندنا يمنع العلية فاذا وجد الشرط يصير المعلق علة حينئذ فيكون النية مقارنة لعلة العتق لانا نقول قد ذكر في الاصول ايضا ان المعتبر مقارنة النية لذات العلة لا لوصف العلية ولذلك شرطوا الاهلية حال التعليق لا حال وجود الشرط التي هو زمان حدوث العلية واللازم من منع التعليق العلية قبل وجود الشرط مقارنة النية للعلية لا مقارنتها لذات العلة كما في الاصلاح (الا ان قال ان اشتريتك فانت حر عن كفارتي) حيث يجزيه عنها لان حريته غير مستحقة بجهة اخرى وقد قارنت النية اليمين وهو العلة وانت خبير ان قولهم اليمين علة العتق اطلاق الكل وارادة الجزء لان العلة هو الجزاء وهو انت حر لا مجموع اليمين من الشرط والجزاء وفي البحر وينبغي انه لو وهب له قريبه او تصدق به عليه او اوصى له به او جعل مهرا لها فنوى ان يكون عن كفارته عند قبوله فانه يجوز لان النية صادفت العلة الاختيارية بخلاف الارث لانه جبري ولم اره منقولا صريحا وكلامهم يفيده دلالة انتهى لكن نص عليه في الفتح والتبيين فليطالع ذكر هذه المسائل في هذا لكن المحل المناسب لها في الكفارة مع انه ذكر ثمة بعضها تأمل (وفي ان تسريت امة) التسري هو ان يبوأها بيتا ويحصنها اي يمنعها من الخروج والانتشار وشرط في الجامع الكبير شرطا ثالثا وهو ان يجامعها هذا عندهما وعنده مع هذه الثلث يشترط طلب الولد حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريا عنده خلافا لهما كما في الاصلاح (فهي حرة فتسرى من في ملكه وقت الحلف عتقت) لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك (وان تسرى من ملكها بعده) اي بعد الحلف (لا تعتق) وفيه اشارة الى انه لو علق عتق غيرها او الطلاق بالتسري بها يحنث ذكره صاحب البحر آمرا بحفظه وقال زفر تعتق في الوجهين لان ذكر التسري ذكر الملك لان التسري لا يصح الا في الملك قلنا الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري فيقدر بقدره ولا يظهر في حق الحرية وهو الجزاء لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها (وفي كل مملوك لي حر عتق عبيده وامهات اولاده ومدبروه) لانه يملكهم رقبة ويدا (لا) يعتق (مكاتبوه) ولا المملوك المشترك لقصور ملكه

(الا ان نواهم) لان فيه تغليظا على نفسه وكذا لا يعتقوا عبيد عبد التاجر مطلقا عند ابي يوسف وعند محمد عتقوا مطلقا وعند الامام ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا وان نواهم كما في اكثر المعتبرات وبهذا ان ما في المجتبى من انه لا يدخل العبد المرهون والمأذون في التجارة سبق قلم كما في البحر تدبر (وفي هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وخير في الاولين) لان او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاولين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه (وكذا العتق) اي لو قال هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين كما بينا (والاقرار) بان قال لفلان علي الف درهم او لفلان وفلان كان خمسمائة للاخير وخمسمائة للاولين يجعله لايهما شاء قالوا وعليه الفتوى قالوا هذا في موضع الاثبات واما في موضع النفي فيعم وهذا اذا لم يذكر للثاني خبر حتى لو ذكر بان قال هذه طالق وهذه طالقتان لا تطلق بل يخير بين ايجاب الاول والثاني كما في الشمني

﴿باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك﴾

(يحنث بالمباشرة دون التوكيل) اذا كان ممن يباشر بنفسه (في البيع والشراء والاجارة والاستيجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة) اي جواب الدعوى سواء كان اقرارا او انكارا وهي ملحقة بالبيع على المختار (وضرب الولد) حتى لو حلف لا يبيع ثم وكل غيره فباع لا يحنث وكذا الحكم في الشراء وغيره لان العقود وجدت من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الامر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي غير ذلك وقيدنا باذا كان ممن يباشر بنفسه لان الحالف اذا كان ذا سلطان كالامير والقاضي ونحوهما لا يباشر بنفسه حنث بالامر ايضا كما يحنث بالمباشرة بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده وان كان يباشر مرة ويفوض اخرى اعتبر الغالب كما في البحر وغيره وبهذا علم ان المصنف اطلق في محل التقييد واطلق ايضا في الصلح عن مال وهو مقيد بان يكون عن اقرار اما الصلح عن انكار فهو فداء اليمين في حق المدعى عليه فيكون الوكيل من جانبه سفيرا محضا فعلى هذا اذا حلف المدعي ان لا يصالح فلانا عن هذه الدعوى او عن هذا المال فوكل فيه لا يحنث مطلقا واذا حلف المدعى عليه ثم وكل به فان كان عن اقرار حنث وان عن انكار او سكوت لا (وبهما) اي يحنث الحالف بالمباشرة والتوكيل والاولى ان يقول بفعله وفعل مأموره ليشمل رسوله لانه يحنث بالرسالة في هذه الاشياء على انه لا يحنث بمجرد الامر بل لا بد من فعل الوكيل حتى لو حلف لا يتزوج فوكل به لا يحنث حتى يزوجه الوكيل تدبر (في النكاح) بان حلف لا ينكح فلانة ثم وكل فلانا بالنكاح فنكح له حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه وكذا حال سائر الصور الآتية قيد بالنكاح لانه لو قال والله لا ازوج فلانة فامر رجلا فزوجها لا يحنث بخلاف التزوج لان التزويج بامره لا يلحقه حكم والتزوج بامره يلحقه حكم وهو الحل كما في البزازية (والطلاق) سواء كان التوكيل به قبل الحلف او بعده كما في النكاح (والخلع والعتق) اي الاعتاق سواء كان التوكيل قبله او بعده فان علق الطلاق والعتق بشرط ثم حلف به ثم وجد الشرط لم يحنث ولو حلف اولا حنث كما في اكثر المعتبرات (والكتابة) اذا لم يكاتب بنفسه والا فلا يحنث بكتابة الوكيل فينبغي ان يذكرها فيما لا يحنث كما في القهستاني (والصلح عن دم عمدا) لانه كالنكاح في مبادلة المال بغيره وفي حكمه الصلح عن انكار (والهبة) ولو فاسدة وعن ابي يوسف لا يحنث وقال زفر لا يحنث فيه الا بالقبض (والصدقة والقرض والاستقراض) قال صاحب الدرر عدهم الاستقراض ههنا مشكل لانهم صرحوا بان التوكيل بالاستقراض باطل فيجب ان لا يترتب الحنث لان الباطل لا يترتب عليه الحكم انتهى لكن يمكن ان يحمل على ما هو متعارف من تسمية الرسول

بالاستقراض وكيلا كما اذاقال المستقرض وكلتك ان تستقرض لى من فلان كذا درهما وقال الوكيل للمقرض ان فلانا يستقرض منك كذا واوقال اقرضنى مبلغ كذا فهو باطل حتى لا يثبت الملك الا للوكيل تأمل (وان نوى المباشرة خاصة صدق ديانة لاقضاء) اى فى كان من الحكميات كالطلاق مثلا لا يصدق قضاء لانه فعل شرعى وهوان يوجد من المرء تكلم يقع به الطلاق والامر بذلك مثلا التكلم بكلمة الطلاق فى هذا المعنى فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص فلم يصدق قضاء وكذا حال غيره (وكذا ضرب العبد) كما اذا حلف لايضرب وهو ممن لايضرب عبده بنفسه فامر غيره فضرب به حنث (والذبح) كما اذا حلف لايذبح شاة وهو ممن لايذبح فامر غيره فذبح حنث كما فى النظم وفيه اشعار بانه اذا كان ممن يذبح بنفسه لم يحنث فينبغى ان يذكر هاتين فيما لايحنث كما فى القهستانى (والبناء والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة) وان لم يقبل المستعير فبمجرد الاعارة حنث عندنا خلافا لزفر وعلى خلاف الهبة والصدقة والقرض كما فى القهستانى (والاستعارة) فلو حلف لايعير ثوبه من فلان فبعث المحلوف عليه وكيلا ليقبض المستعار فاعاره حنث عند زفر ويعقوب وعليه الفتوى لان الوكيل رسول وهذا اذا اخرج الوكيل كلامه مخرج الرسالة فقال ان فلانا يستعير منك كذا فاما اذا لم يقل ذلك لايحنث كالوحلف ان لايعيره شيئا ثم ردفه على دابته كما فى القهستانى (وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل الا انه لو نوى المباشرة) خاصة فى ضرب العبد وغيره (صدق قضاء وديانة) لان هذه الافعال حسية تعرف باثرها وهو التألم فى ضرب العبد وانقطاع العروق فى الذبح وعلى هذا قياس البواقى والنسبة الى الآمر بالتسبب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه والفرق بين ضرب العبد وضرب الولد ان معظم منفعة ضرب الولد عائدة الى الولد وهو التأدب فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف ضرب العبد فان منفعته وهى الائتمار بامر المولى عائدة الى المولى فيضاف الفعل اليه وفى البحر وينبغى ان يكون مرادهم بالولد الكبير لانه لايملك ضربه فهو كما لو حلف لايضرب حرا اجنبيا فانه لا يحنث الا بالمباشرة الا ان يكون الحالف ذا سلطان واما الولد الصغير فكالعبد حتى لو امر غيره فضربه ينبغى ان يحنث (وفى لا يتزوج فزوجه فضولى فاجازه بالقول حنث) لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء على ما عرف فى تصرفات الفضولى (وبالفعل) اى لو اجاز بالفعل كاعطاء المهر ونحوه (لايحنث) هو المختار وعليه الفتوى كما فى الخانية لان العقود تختص بالاقوال فلا يكون فعله عقدا وانما يكون رضى وشرط الحنث العقد لا الرضى وروى عن محمد لايحنث فى الوجهين وافتى به بعض المشايخ لان الاجازة ليست بانشاء للعقد حقيقة وانما هو تنفيذ لحكم العقد بالرضاء به كما فى الاختيار وفى التنوير واو زوجه فضولى ثم حلف لايتزوج لا يحنث بالقول ايضا واو قال كل امرأة تدخل فى نكاحى فكذا فاجاز نكاح الفضولى بالفعل لايحنث ومثله ان تزوجت امرأة بنفسى او بوكيل او بفضولى فلو زاد عليه او اجزت نكاح فضولى ولو بالفعل فلا مخلص له الا اذا كان المعلق طلاق المتزوجة فيرفع الامر الى الشافعى ليفسخ اليمين المضافة (وفى لايزوج عبده اوامته يحنث بالتوكيل والاجازة) لان ذلك مضاف اليه متوقف على ارادته لملكه وولايته (وكذا) اى يحنث بالتوكيل والاجازة (فى ابنه وبنته الصغيرين) لولايته عليهما (وفى الكبيرين لايحنث الا بالمباشرة) لعدم ولايته عليهما فهو كالاجنبى عنهما فيتعلق بحقيقة الفعل وفى البحر حلف لايزوج بنته الصغيرة فزوجها رجل بغير امره فاجاز حنث لان حقوقه متعلقة بالمجيز واو حلف لايزوج ابناله كبيرا فامر رجلا فزوجه ثم بلغ الابن الخبر فاجاز اوزوجه رجل فاجاز الاب ورضى الابن لم يحنث (ودخول اللام) كلام اضافى مرفوع بالابتداء وخبره يقتضى والمراد بالدخول تعلق الجار والمجرور به (على البيع كان بعت لك) اى لاجلك (ثوبا) فعبدى حر مثلا (يقتضى اختصاص الفعل بالمحلوف عليه) اى يقتضى ان يختص الفعل الذى

تعلق به اللام بالذى حلف عليه وهو المخاطب المتصل به اللام فى المثال المذكور ثم فسر الاختصاص بقوله (بان كان بامره سواء كان ملكه اولا) حتى لو دس المخاطب ثوبا فى ثياب الحالف فباعه بغير علمه لا يحنث وان امر ببيع ثوب من ثياب غيره يحنث (ومثله) اى مثل البيع (الشراء والاجارة والصياغة والبناء) حتى لو حلف لا يشترى لك ثوبا يقتضى ان يكون بامره سواء كان ملكه اولا وكذا حال البواقى (و) دخول اللام (على العين كان بعت ثوبا لك يقتضى اختصاصها) اى العين (به) اى بالمحلوف عليه وهو المخاطب المتصل به اللام (بان كان ملكه سواء امره اولا) فيحنث لو باع ثوبا مملوكا له سواء امره اولا حتى لو اخفى المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم يحنث وان امر ببيع ثوب مملوك لغيره فباع لم يحنث (وكذا) اى يقتضى اختصاص الفعل بالمحلوف عليه بان كان مالكه سواء امره اولا (دخولها) اى دخول اللام (على الضرب) اى ضرب الولد لان ضرب الغلام يقبل النيابة كما فى المنح لكن فى الخانية ان المراد به العبد للعرف بان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم به فينصرف اليمين فيه الى المحل المملوك بالتقديم والتأخير (والاكل والشرب والدخول) فلو حلف لا يضرب لك ولدا او ولد الك يحنث لو ضرب ولدا مخصوصا به سواء كان بعلمه او بامره او دونهما وسواء قدم كلمة لك او اخرها وحاصله ان لام الاختصاص اذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد فاما ان يتوسط بين الفعل ومفعوله الثانى او يتأخر عن المفعول وعلى التقديرين فاما ان يحتمل الفعل النيابة او لا فان احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل وشرط حنثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير سواء كانت العين مملوكة اولا وذلك انما يكون بالامر وان تأخر عن المفعول كان لاختصاص العين به وشرطه كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لاجله اولا وان لم يحتملها لا يفترق الحكم فى التوسط والتأخر بل يحنث اذا فعله سواء كان بامره اولا لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة لم يكن انتقاله الى غير الفاعل فيكون الامر وعدمه سواء فتعين ان تكون اللام لاختصاص العين صونا للكلام عن الالغاء كما فى المنح (وان نوى غيره) اى لو نوى فى ان بعت ثوبا لك معنى ان بعت لك ثوبا او بالعكس (صدق) ديانة وقضاء (فيما عليه) اى فيما فيه تشديد على نفسه بان باع ثوبا مملوكا للمخاطب بغير امره فى المسئلة الاولى ونوى بالاختصاص بالامر او باع ثوبا لغير المخاطب بامر المخاطب فى الثانية ونوى الاختصاص بالامر فانه يحنث ولولا نيته لما حنث لانه نوى ما يحتمله كلامه بالتقديم والتأخير وليس فيه تخفيف وفيما فيه تخفيف كعكس هاتين المسئلتين يصدق ديانة لانه محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر (وفى ان بعته او اشتريته فهو حر فعقد بالخيار) لنفسه (عتق) لانه فى الاول يملكه البايع الآن اتفاقا وفى الثانى ملك المشترى عندهما وصار المعلق كالمنجز عنده بخلاف قوله ان ملكته فهو حر فاشتراه بشرط الخيار لا يعتق عند الامام لان الشرط وهو الملك لم يوجد عنده قيد بالخيار لانه لو حلف لا يبيعه بان قال ان بعته فهو حر فباعه بيعا صحيحا بلا خيار لا يعتق ولا يخفى انه اذا باعه بشرط الخيار للمشترى انه لا يعتق لانه بات من جهته وكذا قال ان اشتريته فهو حر فاشتراه بالخيار للبايع لا يعتق ايضا لانه باق على ملك بايعه سواء اجاز البايع بعد ذلك اولا وذكر الطحاوى انه اذا اجاز البايع البيع يعتق وتمامه فى البحر فاذا عرفت هذا علم ان المصنف اطلق فى محل التقييد تأمل (وكذا) اى عتق (لو عقد بالفاسد او الموقوف) وهذا مجمل لا بد من بيانه اما فى المسئلة الاولى وهى قوله ان بعته فانت حر فباعه بيعا فاسدا فان كان فى يد البايع او يد المشترى غائبا عنه بامانة او رهن يعتق عليه لانه لم يزل ملكه عنه وان كان فى يد المشترى حاضرا او غائبا مضمونا بنفسه لا يعتق لانه بالعقد زال ملكه عنه واما فى الثانية وهى قوله اشتريته فهو حر فاشتراه شراء فاسدا فان كان فى يد البايع لا يعتق لانه على ملك البايع بعد وان كان فى يد المشترى وكان حاضرا عنده وقت العقد يعتق لانه صار قابضا له عقيب العقد

فيملكه وان كان غائبا في بيته ونحوه فان كان مضمونا بنفسه كالمغصوب يعتق لانه ملكه بنفس
الشراء وان كان امانة او مضمونا بغيره كالرهن لايعتق لانه لايصير قابضا عقيب العقد كما في البدائع
(واو) عقد (بالباطل لايعتق) لانه معدوم باصله فلو اشترى مدبرا او ام ولد لايحنث واو قضى بجوازه
القاضي يحنث في الحال والمكاتب كالمدبر في رواية لكن يلزم فيه اجازة المكاتب (وفي ان لم ابعه)
اي عبدا (فكذا) اي فامته حرة مثلا (فاعتقه اودبره حنث) لتحقق العجز عن البيع بفوات محله
وفيه اشعار بانه لو دبر امته او استولدها حنث وبانه لو قيد البيع بوقت واعتق اودبر قبل مضيه لم يحنث
عند الطرفين خلافا لابي يوسف كما في القهستاني (قالت) المرأة لزوجها (تزوجت علي فقال) الزوج
في جوابها (كل امرأة لي طالق طلقت هي) اي المرأة التي دعته الى الحلف (ايضا) اي كغيرها
لدخولها تحت العموم والاصل العمل بالعموم مهما امكن (الا في رواية عن ابي يوسف) فانه
قال لاتطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها
فيتقيد به واختاره شمس الائمة السرخسي وكثير من المشايخ وفي البحر الاولى ان يحكم
بحكم الحال ان كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق
عليها ايضا والا لا وفي التنوير ولو قيل له الك امرأة غير هذه المرأة فقال كل امرأة لي فهي كذا
لاتطلق هذه المرأة وتمامه فيه فليطالع (وان نوى غيرها) اي غير المحلفة (صدق ديانة لاقضاء)
لانه تخصيص العام وهو خلاف الظاهر (ومن قال علي المشي الى بيت الله اوالى الكعبة) اوالى مكة
رزقنا الله تعالى زيارته (لزمه) استحسانا (حج او عمرة ماشيا) من باب داره ان قدر وقيل من موضع احرام
وجحفة للشاميين وان نوى بيت الله مسجدا لم يلزمه شيء (فان ركب فعليه دم) لانه ادخل نقصا فيه
ولا فرق بين ان يكون الناذر في الكعبة او خارجا عنها ولذا اطلق فاذا لزمه فله الخيار ان شاء مشى
وهو اكل وان شاء ركب وذبح شاة (واو قال علي الخروج او الذهاب) او السفر او الركوب او الاتيان
(الى بيت الله) او الى المدينة (او المشي الى الصفا او المروة لايلزمه شيء) لانه لم يلتزم الاحرام
بهذا اللفظ فانه غير متعارف ولا يمكن ايجابها باعتبار حقيقة اللفظ لانها ليست بقربة مقصودة
(وكذا) لايلزمه شيء (او قال علي المشي الى الحرم اوالى المسجد الحرام) لعدم التعارف (خلافا لهما)
فان عندهما عليه حج او عمرة بناء على ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فكان ذكره
كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه (وفي عبده حر ان لم يحج العام) اي السنة
بالتخفيف ثم قال السيد حججت فانكر العبد واتى بشاهدين (فشهدا بكونه يوم النحر بكوفة لايعتق)
عند الشيخين (خلافا لمحمد) لان هذه الشهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته
انتفاء الحج وتحقق الشرط وفي الفتح وقول محمد اوجه قال في الاصلاح نقلا عن المبسوط فان قلت
لانسلم ذلك اذ لاننكر كرامة الاولياء فيجوز ان يكون في يوم واحد بمكة وكوفة لانا نقول انا امرنا ببناء
الاحكام على ما هو الظاهر المعروف وفيه نظر لما مر في باب النسب من انه يثبت لمن ولدته اشهر
من زوجة مشرقية وزوجها في المغرب انتهى لكن يمكن دفع النظر بان امر النسب امر لازم الرعاية
فلهذا اعتبروا فيه ما لم يعتبروا في غيره تدبر ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج
لا اثبات التضحية لانه لامطالب لها فصار كما اذا شهدا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط به
علم الشاهد ولكنه لا يميز بين نفي ونفي للتيسير فان قيل ذكر في المبسوط ان كان الشهادة على النفي تسمع
في الشروط ولهذا لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فشهدا انه لم يدخل الدار اليوم
تقبل ونقضي بعتقه وما نحن فيه من قبيل الشروط قلت هو عبارة عن امر ثابت معاين وهو كونه
خارج الدار كما في الكافي وغيره لكن الفرق مشكل لي بين عدم الدخول وعدم الحج تأمل (وفي لايصوم
فصام ساعة) اي جزأ من النهار (بنية حنث) لانه صوم شرعا اذ هو امساك مع النية وهو متحقق به

(وان صام) قوله لا يصوم (صوما او يوما لا) يحنث بالاجماع (مالم يتم يوما) تاما لان المطلق ينصرف اليه وفي التنوير حلف ليصومن هذا اليوم وكان بعد اكله او بعد الزوال صحت وحنث للحال كما لو قال لامرأته ان لم تصل اليوم فانت كذا فحاضت من ساعتها او بعد ماصلت ركعة فان اليمين تصح وتطلق للحال (وفي لا يصلي يحنث اذا سجد سجدة لا قبله) اي لا قبل السجود لزيادة الايضاح والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم ووجه الاستحسان انه لا يقال صلى ركوعا ولا سجودا ويقال صلى ركعة (وان ضم) اليه (صلوة فبشفع) اي يحنث بتمام شفع لانه اطلق الصلوة فينصرف الى الكاملة (لا باقل) من الشفع للنهي عن البتيراء فلا تشترط قعدة التشهد وقيل تشترط والاشبه انها لو كانت فرضا رباعيا تشترط والا فلا وفي القهستاني من انه لا حاجة اليه ليس بشيء لان الشافعي قال يحنث بركعة وكذا احمد في قول والتصريح فيما هو محل الخلاف دأب اصحاب المتون فغفل عن هذا فقال ماقال تدبر (وفي ان لبست من غزلك) اي مغزولك (فهو هدى) اي فعلي التصدق بهذا الثوب بمكة فان الهدي مايهدى الى مكة (فملك) الزوج (قطنا فغزلته) الزوجة (ونسج) الغزل سواء كان النسج منها او من غيرها وفي الجامع الصغير نسجته (فلبسه) اي الزوج على المعتاد (فهو هدى) اي واجب التصدق بمكة ولو تصدق بقيمته او على غير فقراء مكة جاز خلافا لزفر في الثاني هذا عند الامام (خلافا لهما) لان النذر لا يصح الا في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله ان المرأة تغزل من قطن الرجل عادة والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه (وان لبس ماغزلت من قطن في ملكه وقت الحلف فهدي بالاتفاق) لاضافته اليه وكذا لو زاد من قطني لزمه الهدي بالاجماع ولو زاد من قطنها لم يلزم الهدي بلا خلاف ولو قال ان لبست من غزلك فلبس ثوبا بعضه من غزل غيرها حنث بخلاف ما قال ثوبا من غزلك وعلى هذا من نسجك او ثوبا من نسجك وفي التنوير حلف لا يلبس من غزلها فلبس تكة منه لا يحنث كلا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس من نسج غلامه وكان يعمل بيده فانه لا يحنث اذا كان فلان يعمل بيده والا بان كان فلان لا ينسج بيده حنث (خاتم الفضة ليس بحلي) اي لا يحنث بلبسه اذا حلف لا يلبس حليا لانه يستعمل لغير التزين ولهذا حل للرجال فلم يكن كاملا في الحلي فلم يدخل في مطلق اسمه الا اذا كان مصوغا على هيئة خاتم النساء بان كان ذا فص وهو الصحيح كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيده كما قيدنا لكان اولى تأمل (بخلاف خاتم الذهب) لانه لا يستعمل الا للتزين ولهذا لا يحل للرجال فكان كاملا في معنى الحلي فيدخل تحت اسمه ولهذا لو لبس خلخالا او سوارا من ذهب او فضة او جحر يحنث بالاجماع لانه حلي كامل لا يحل للرجال (وعقد اللؤلؤ ان رصع حلي والا) اي وان لم يرصع (فلا) اي لو حلف لا يلبس حليا فلبس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحنث عند الامام لانه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف (وقالا حلي مطلقا) فيحنث بلبسه اذا حلف لا يلبس حليا عندهما وعند الائمة الثلثة لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن كما في اكثر المعتبرات لكن يشكل بما تقدم ان الايمان مبنية على العرف لا على الحقيقة اللغوية ولا على الفاظ القرآن والاولى ان يعلل بان هذا اختلاف عصر وزمان فكل افتى بما شاهد في زمانه وقال في الكافي وغيره وقولهما اقرب الى عرف ديارنا ولهذا قال (وبه) اي بقول الامامين (يفتى) لان التحلي به على الانفراد معتاد كما في عامة المعتبرات (وفي لا يجلس على الارض) او السطح او الدكان (فجلس على بساط او حصير) فوقها (لا يحنث) لانه لا يسمى جالسا على الارض عادة (وان حال بينها) اي الارض (وبينه) اي الحالف (ثيابه) الذي يلبسه (حنث) لانها تبع له فلا تصير حائلا ولو خلع ثوبه فبسطه وجلس لا يحنث لارتفاع التبعية (وفي لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراش آخر فنام عليه لا يحنث) لانه مثله والشيء

لايكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة السفلى هذا فى المعرف اما ونكره فحلف لاينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش (وان جعل فوقه قرام) بالكسر ستر رقيق (يحنث) لانه غير تابع له (وفى لايجلس على هذا السرير ان جعل فوقه سرير آخر فجلس) عليه (لايحنث) لانه غيره وما وقع فى الكنز والقدورى من تنكير السرير مشكل الا ان يحمل المنكر على المعرف كما فى الجوهرة لكن بعيد تأمل (وان جعل فوقه) اى فوق هذا السرير (بساط او حصير) فجلس عليه (حنث) لانه يعد جالسا عليه عادة كمن حلف لايركب على هذا الفرس فجعل فوقه سرجا فركب بخلاف ما لو حلف لا ينام على الواح هذا السرير او الواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراش فانه لايحنث

باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك

الاصل فيه ان ما شارك الميت فيه الحى تقع اليمين فيه على حالة الحيوة والموت وما اختص بحالة الحيوة يتقيد بهما (الضرب والكسوة والكلام والدخول يختص فعلها بالحى) ثم فرع على هذا الاصل بقوله (فلا يحنث من قال ان ضربته) اى زيدا مثلا (او كسوته او كلمته او دخلت عليه) فكذا (بفعلها) اى بفعل هذه الاشياء (بعد موته) بعد موت زيد لان الضرب اسم لفعل مولم متصل بالبدن والايلام لايتحقق فى الميت والمعذب فى القبر يحيى بقدر ما يتألم به وهو اقرب الى الحق فلو حلف لاضربن مائة سوط فضربه بضربة واحدة ان وصل الى بدنه كل سوط بشرط الايلام واما عدمه بالكلية فلا وكذا الكسوة اذ يراد به التمليك عند الاطلاق وهو فى الميت لايتحقق الا ان ينوى به الستر وكذا الكلام والدخول اذ المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو دخل عليه فى المسجد حنث على المختار وكذا لو حلف لايطأها او لايقبلها فوطئها او قبلها بعد الموت لايحنث (بخلاف الغسل والحمل والمس) لتحقق هذه الاشياء فى الميت وفى حلف (لايضربها فدشرها او خنقها او عضها حنث) لتحقق الايلام بهذه الافعال اطلقه فشمل ما اذا كانت اليمين بالعربية او الفارسية واما اذا كانت فى حالة الغضب او المزاح يحنث وهو المذهب وقيل لايحنث فى حالة المزاح فلهذا لو اصاب رأسه انفها فى الملاعبة فادماها لايحنث وفى الخانية هو الصحيح ولايشترط القصد فى الضرب فلو حلف لايضرب امرأته فضرب امته فاصابها يحنث كما فى البحر وقيل يشترط على الاظهر فلايحنث بان تعمد غيرها فاصابها جزم به فى الخانية حلف (ليضربنه حتى يموت فهو يقع (على اشد الضرب) لانه المراد فى العرف ولو قال حتى يغشى عليه او يبكى او يبول فلابد من وجودها حقيقة وفى التنوير حلف ليضربن فلانا الف مرة فهو على الكثرة حلف ان لم اقتل زيدا فكذا وهو ميت ان علم الحالف بموته حنث والا لا حلف لايقتل فلانا بالكوفة فضربه بالسواد ومات بها حنث وبعكسه لا وفى حلفه (ليقضين دينه قريبا فما دون الشهر قريب والشهر بعيد) فلو قضى تمام الشهر حنث وقبله بر لان الشهر وما زاد عليه يعد فى العرف بعيدا وما دونه يعد قريبا ولذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر وفى التنوير ولفظ السريع كالقريب ولفظ الآجل كالبعيد وان نوى مدة فيهما فهو على ما نوى حلف لايكلمه مليا او طويلا ان نوى شيئا فذاك والا فعلى شهر ويوم وفى حلفه (ليقضينه) اى دينه (اليوم فقضاه) بنفسه او بامره غيره ولو بطريق الحوالة وقبض المحتال فلو تبرع به غيره لم يبر بخلاف ما لو اعطى ولم يقبل لكنه وضعه بحيث تناول يده لو اراد قبضه والا لايبر ولو كان الداين غائبا لم يحنث بترك القضاء كما فى القهستانى لكن المختار للفتوى ان الحالف يرفع الامر الى القاضى فاذا رفع الامر اليه بر لان القاضى فى هذه الصورة انتصب نائبا عنه فى هذا الحكم نظرا للحالف (زيوفا) بالضم مصدر زافت الدراهم زيفا اى صارت مردودة للغش (او نبهرجة) لفظ اعجمى معرب واصله نبهره وهى والزيف كلاهما من جنس الدراهم وفضتهما غالبة والفرق ان الزيف ما يرده

بيت المال ولا يرده التجار بخلاف النبهرجة فانه يرده التجار ايضا (او مستحقة) بفتح الحاء اى مستحقها صاحبها اباها على الداين (او باعه) اى باع المديون داينه (به) اى بدينه (شيئا) من ملكه كالعبد وغيره بيعا صحيحا كما هو المتبادر فلو باع فاسدا وليس فيه وفاء بالدين فقد حنث والافقد بر (وقبضه) اى قبض الداين ذلك الشئ وانما اشترط القبض وقد وجب الثمن بنفس البيع لانه لايتقرر قبله (بر) فى هذه الصور لان الزيافة والنبهرجة عيب والعيب لايعدم الجنس ولهذا لايجوز به صار مستوفيا الدينه فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وبالبيع وقعت المقاصة بين الدين و بين الثمن فصار الثمن قضاء للدين (واو) قضاه (رصاصا اوستوقة او وهبه) اى الداين ذلك الدين للمديون مجانا (او برأه منه) اى من الدين (لا يبر به) الحالف وانحلت يمينه فى صورة الهبة والابراء اما فى الصورة الاولين فلم يبر وحنث وجواب الشرط السابق محذوف من هذا الجنس ان اختلف معنى وانما احتاج هذا التكلف الا ان اليمين لما كانت موقتة فاذا وهبه له قبل انقضائه فقد عجز عن البر وانحلت اليمين وهذا كله عندنا وعند ابى يوسف فستقيم بلا تكلف لانه قد حنث كما فى مسئلة الكوز كما فى القهستانى ولا يخفى انه لو لم يكن قيد اليوم لاستقام بدون الاحتياج الى هذا التكلف اولوقال واو رصاصا اوستوقة حنث واو وهبه اوابرأه لا يبر لكان اسلم من عظم الاختلال تأمل وفى حلفه (لا يقبض دينه) من غريمه (درهما دون درهم لايحنث) فى يمينه (بقبض بعضه) لعدم وجود الشرط وهو قبض الكل بوصف التفرق (مالم يقبض كله متفرقا) فانه يحنث بوجود الشرط وهو قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض الى دين معرف بالاضافة اليه فيتناول كله ولو قيد باليوم لم يحنث بقبض البعض فى اليوم متفرقا لان الشرط اخذ الكل فيه متفرقا ولو ادخل من التبعضية حنث (وان فرقه) اى القبض (بعمل ضرورى كالوزن لايحنث) لانه قد يتعذر وزن الكل دفعة واحدة فتكون هذا القدر مستثنى من اليمين خلافا لزفر هذا اذا لم يتشاغلا بين الوزنتين بعمل آخر اما اذا اشتغل بينهما بعمل آخر حنث لانه تبدل المجلس فاختلف الدفع وفى التنوير لايأخذ ماله على فلان الاجملة اوالاجميعا فترك منه درهما ثم اخذ الباقى كيف شاء لايحنث ومن قال (ان كان لى الامائة اوغير مائة اوسوى مائة) من الدراهم فعبده حر مثلا (لايحنث بها) اى بالمائة (او باقل منها) لان شرط الحنث الزيادة على المائة سواء كانت تلك الزيادة دينارا او عروضا للتجارة اوعبدا للتجارة اوسوائم مما تجب فيه الزكوة لان الاستثناء تكلم بالباقى من المستثنى منه بعد المستثنى و لايحكم بثبوت المستثنى ولا بنفيه فهو فى حكم المسكوت عنه فكانه قال ليس لى شئ زائدا على المائة وفى حلفه (لايفعل كذا تركه ابدا) لانه نفى الفعل مطلقا فيتناول فردا شايعا فى جنسه فيعم الجنس كله ضرورة شيوعه (وفى ليفعلنه يكفى فعله مرة) لانه يتناول فعلا واحدا وهو نكرة فى موضع الاثبات فيخص و يحنث اذا لم يفعله فى عمره فى آخر جزء من اجزاء حيوته او بفوت محل الفعل هذا اذا كانت مطلقة وان كانت موقتة ولم يفعل فيه يحنث بمضى الوقت ان كان الامكان باقيا الى آخر الوقت والالا (حلفه) بتشديد اللام (وال) اى حلف مالك امر بلد رجلا (ليعلمنه بكل داعر) بالدال المهملة اى فاسق خبيث مفسد اى بالبلد (تقيد) اليمين (بحال ولايته) بالكسر اى بزمان تسلطه هذا على اهل البلد لان المقصود من الاعلام دفع شر الداعر وغيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال الولاية والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية فلم يجب الاعلام اوعاد الى الولاية كما لم يجب على الفور فان لم يعلمه حتى اومات اوعزل فقد حنث وفى الفتح واو حكم بالعقاب هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادر لزجره ودفع شره فالداعى يوجب التقييد بالفور وفور علمه به وفى البحر او حلف رب الدين غريمه اوالكفيل بامر المكفول عنه ان لايخرج من البلد الاباذنه يقيد بالخروج حال قيام الدين والكفالة (وفى) حلفه (ليهبه فوهب ولم يقبل بر) الحالف

في يمينه خلافا لزفر (وكذا القرض والعارية والصدقة) والوصية والاقرار (بخلاف البيع) ونظيره الاجارة والصرف والسلم والرهن والنكاح والخلع وهذا لان الهبة ونظائرها تبرع فيتم بالمتبرع بخلاف البيع ونحوه لانه معاوضة فاقتضى العوض من الجانبين (وفي) حلفه (لا يشم ريحانا فهو) يقع (على ما لا ساق له فلا يحنث بشم الورد والياسمين) قصدا لان الريحان عند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه وقيل في عرف اهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجر وعلى كل فليس الورد والياسمين منه وقيدنا بالقصد لانه لو وجد ريحه بلا قصد ووصلت الرائحة الى دماغه لا يحنث كما في الفتح (وقيل يحنث) بشمهما في لا يشم ريحانا لان الريحان اسم لما له رائحة طيبة من النبات عرفا فيحنث كما في الاختيار (وفي) حلفه (لا يشم وردا او بنفسجا فهو) يقع (على ورقه) دون الدهن في عرفنا كما في الكافي وذكر الكرخي انه يحنث ايضا لعموم المجاز وهذا مبني على العرف فكان في عرف اهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما سمي بائع الدهن ثم صار كما يسمى به في ايام الكرخي فقال به واما في عرفنا فيجب ان لا ينعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن اصلا كما في الورد والحناء ان اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانهما اسم للورق والعرف يقرر له بخلافه في البنفسج كما في المنح ولهذا قال وفي البنفسج والورد يعتبر عرف بلده لكان احسن تأمل (وفي) حلفه (لا يدخل دار فلان يتناول الملك والاجارة) لان المراد به المسكن عرفا فدخل ما يسكنه باي سبب كان باجارة او باعارة باعتبار عموم المجاز معناه ان يكون محل الحقيقة فردا من افراد المجاز لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز خلافا للشافعي (حلف انه لا مال له وله دين على مفلس او ملي) اي غني (لا يحنث) لان الدين ليس بمال عرفا وانما هو وصف في الذمة وعند الائمة الثلاثة يحنث

﴿كتاب الحدود﴾

لما كانت اليمين للمنع في احد نوعيها ناسب ان يذكر الحدود عقيبها والحدود في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وسمي اللفظ الجامع المانع حدا لانه يجمع معنى الشيء ويمنع دخول غيره فيه وسميت العقوبات الخالصة حدا لانها موانع من ارتكاب اسبابها معاودة وحدود الله تعالى محارمه لانها ممنوع عنها ومنه تلك حدود الله فلا تقربوها وحدود الله ايضا احكامه لانها تمنع من التخطي الى ما وراءها ومنه تلك حدود الله فلا تعتدوها او لان كفارة اليمين دائرة بين العقوبة والعبادة فناسب ان يذكر العقوبات المحضة بعدها ومحاسن الحدود كثيرة من جملتها انها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والاعراض والاموال سالمة عن ابتذال وسبب كل من الحدود ما اضيف اليه من الزنا والشرب والقذف وفي الشرع (الحد) بلام الجنس بقرينة مقام التعريف فيشمل الحدود الخمسة وهي حد القذف وحد الشرب وحد السرقة وحد الزنا وحد قطع الطريق واما حد السكر فداخل في حد الشرب كمية وكيفية غايته انه قسمين شرب الخمر وشرب المسكر بقيد السكر فلا يرد عليه ما قيل انها ستة (عقوبة مقدرة) مبينة في الكتاب او السنة او الاجماع (تجب) على الامام اقامتها يعني بعد ثبوت السبب عنده وعليه يبتني عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب واما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له الى الحاكم ليطلقه لان الحد لم يثبت كما في الفتح (حقا لله تعالى) اي تعظيما وامتثالا لامره تعالى لان المقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والتحقيق ان العلم بشرعية الحدود مانع قبل الفعل زاجر بعده يمنع من العود اليه وليس الحد كفارة للمعصية بل التوبة هي المسقطة عنه عذاب الآخرة كما في الفتح (فلا يسمى تعزير ولا قصاص حدا) اما التعزير فلعدم التقدير فيه والقصاص فلانه حق العبد مطلقا فلهذا جاز العفو منه ولا يشكل هذا بحد القذف لان الغالب فيه عندنا حق الله تعالى الا ترى انه لا تقبل شهادته (والزنا) بالقصر يكتب بالياء لغة حجازية وبالمد لغة نجدية (وطئ) اي غيبة حشفة او اكثر من الرجل فلو لم تدخل الحشفة لم يحد لانه ملامسة

(مكلف) خرج به وطئ المجنون والمعتوه والصبي وزاد صاحب البحر قوله ناطق طايع خرج بالناطق وطئ الاخرس فانه غير موجب للحد لاحتمال ان يدعى شبهة وبالطايع وطئ المكره لان الاكراه يسقط الحد على ما سيأتى (فى قبل) وزاد صاحب البحر قوله مشتهاة حالا وماضيا فخرج به غير المشتهاة كوطئ الصبية التى لاتشتهى والميتة والبهيمة (خال) ذلك الوطئ (عن ملكه) اى ملك النكاح واليمين احترازعن وطئ جارية مشتركة ومنكوحة نكاحا فاسدا (وشبهته) اى الملك كوطئ معتدة البائن وجارية الابن والاب وسيأتى تمامه وزاد صاحب البحر قوله فى دار الاسلام لانه لاحد فى وطئ فى دار الحرب اوتمكينه من ذلك اوتمكينها ليصدق على ما اذا كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى ادخلته فانهما يحدان فى هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين فعلى هذا ان هذا التعريف ليس بتعريف الموجب للحد والالانتقض التعريف طردا وعكسا والاولى ان يقول كما قال صاحب البحر ليكون التعريف تاما تأمل (ويثبت) الزنا ثبوتا ظاهرا عند الحاكم لابمجرد علم الحاكم لان علمه ليس بحجة خلافا لابى ثور والشافعى رحمهما الله (بشهادة اربعة رجال) فلايثبت بشهادة النساء ولا بشهادة اثنين اوثلثة وانما تشترط فيه اربعة رجال تحقيقا لمعنى الستر ولان الزنا لا يتم الا باثنين وفعل واحد لايثبت الابشاهدين واطلقهم فشمل ما اذا كان الزوج احد الاربعة بشرط كون الزوج لم يقذفها خلافا للشافعى فلوكان قذفها وشهد بالزنا ومعه ثلثة حد الثلثة للقذف وعلى الزوج اللعان فعلى هذا لوقال بعض الشهود ان فلانا قد زنى وشهد عند الحاكم لاتقبل (مجتمعين) فلو شهدوا متفرقين حال مجيئهم وشهادتهم لم تقبل ويحدون حد القذف واما اذا حضروا فى مجلس واحد عند الحاكم وجلسوا مجلس الشهود وقاموا الى الحاكم واحدا بعد واحد فشهدوا قبلت شهادتهم لانه لايمكن الشهادة دفعة واحدة كما فى السراج (بالزنا) متعلق بالشهادة اى شهادة ملتبسة بلفظ الزنا لانه الدال على الفعل الحرام (لابالوطئ اوالجماع اذا سألهم) بعد الشهادة ظرف يثبت (الامام) اونائبه اوالقاضى (عن ماهية الزنا) احتراز عن زنا العين واليد والرجل فانه يطلق عليه توسعا نحو العينان تزنيان (وكيفيته) لاحتمال كونه مكرها وقيل لاحتمال كونه تماس الفرجين من غير ادخال وقيل لاحتمال كونه زنا الابط والفخذ والدبر كما فى المضمرات وهو الاصح فانه مختار المبسوط ولا يقال ان السؤال عن الماهية يغنى عن ذلك والاحسن صورة الاكراه لان الغرض من هذا الاستقصاء وكمال الجهد والاحتياط فى الاحتيال لدرء الحدود لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم فالاحسن الاحتراز عن الكل كما فى القهستانى (وعمن زنى) هذا السؤال عن المزنية اذا كانت الشهادة على الزانى وفائدته الاستكشاف عن الشبهة وعن الزانى اذا كانت الشهادة على المزنية وفائدته الاستكشاف عن شرط التكليف وهذه القاعدة توجد فى الاول ايضا كما فى الاصلاح فمن قال ان السؤال عن الماهية يغنى عنه اوخص السؤال بالاول فقد اخطأ تأمل (واين زنى) لاحتمال انه زنى فى دار الحرب اوالبغى (ومتى زنى) لان الزنا المتقادم اوفى حال الصبا اوالجنون لايوجب الحدود بان الزنا المتقادم ليس على اطلاقه فانه يجب اذا كان ثبوته بالاقرار وجوابه ان التقادم انما يمنع لايجابه التهمة بالتأخير اذا لم يكن التأخير لعذر بخلاف الاقرار لان التقادم ليس فيه يقتضى التهمة والتقادم فى الزنا يثبت بشهر ومافوقه عندهما وعنده يفوض الى رأى القاضى (فبينوه) على الوجه المشروح (وقالوا رأيناه وطئها) بصيغة الفعل (فى فرجها كالميل فى المكحلة) بضم الميم والحاء آلة مخصوصة للكحل وهذا راجع الى بيان الكيفية وهو زيادة بيان احتيالا للدرء والا يغنى عن ذلك (وعدلوا) بصيغة المجهول اى الشهود تعديلا (سرا وعلانية) عند من لايكتفى بظاهر العدالة فى غير الحد من الحقوق وهو ظاهر وعند من يكتفى احتيالا للدرء وفى اكثر المعتبرات ويحبسه الامام حتى يسئل عن الشهود كيلا يهرب ولاوجه لاخذ الكفيل منه لان اخذه

نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما يبتنى على الدرء وحبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير انتهى لكن يشكل الامر بانه يلزم الجمع بين التعزير والحد في حالة واحدة اذا حد بعده فيلزم ان يكون الحبس احتياطا لا تعزيرا على ان المستفاد من تعليل الحبس بقولهم كيلا يهرب يؤيده تأمل (او بالاقرار) اى يثبت الزنا باقرار الزانى ايضا حال كونه (عاقلا بالغا) فلا اعتبار لقول المجنون والصبي ولا يشترط الاسلام فلو اقر الذمى بوطئ الذمية حد خلافا لمالك ولا الحرية فلو اقر العبد بالزنا حد خلافا لزفر (اربع مرات) كما في قصة ماعز خلافا للشافعي فان عنده يثبت باقراره مرة (في اربعة مجالس) من مجالس المقر وقيل من مجالس الحاكم والاول هو الصحيح فلو اقر اربعا في مجلس واحد كان كاقرار واحد خلافا لابن ابى ليلى فان عنده يقام بالاقرار اربعا وان كان في مجلس واحد وفيه اشعار بانه لو اقر اربعا في اربعة ايام او اربعة اشهر ثبت به الزنا كما في القهستانى والاقرار شرطان احدهما ان يكون صريحا فلو اقر الاخرس بالزنا بكتابة او اشارة لا يحد الثانى ان لا يظهر كذبه كما لو اقر فظهر مجبوبا او اقرت فظهرت رتقاء فانه يوجب شبهة فتندرئ كما في الفتح فبهذا علم ان عبارة المصنف قاصرة تدبر (كلما اقر رده) الحاكم وقال ابك داء او جنون او غيره (حتى يغيب عن بصره) وفيه تسامح لان الحاكم لا يرده في الرابعة بل يقبله فلو قيده بالامرة رابعة لكان اولى وفي القهستانى ان الاقرار لم يعتبر عند غير الامام حتى لو شهدوا بذلك لم تقبل لانه ان كان منكرا قد رجع عن الاقرار والا فلا عبرة بالشهادة ولو اقر بالزنا مرتين وشهد عليه اربعة لا يحد عند ابى يوسف خلافا لمحمد (ثم سأل كما مر) اى سأله الحاكم عن ماهيته وكيفيته ومزنيته ومكانه (سوى الزمان) لان التقادم مانع الشهادة لا الاقرار لكن الاصح انه يسئله لجواز انه زنى في صباه او في حالة الجنون كما في بعض المعتبرات وفيه اشعار بوجوب السؤال وفي السراجية ينبغي ان يسئله (فبينه) اى بين المقر ما ذكر من الشروط فاذا بينه (لزم الحد) لظهور الحق (وندب تلقينه) اى تلقين الحاكم المقر (ليرجع) عن اقراره (بلعلك قبلت او لمست او وطئت بشبهة) او نظرت او باشرت او تزوجت تحقيقا لمعنى الستر فلو ادعى الزانى انها زوجته سقط الحد عنه وان كانت زوجة للغير ولو تزوجها بعد زنائه بها او اشتراها لا يسقط الحد في ظاهر الرواية لانه لا شبهة له وقت الفعل كما في المحيط وهذا مقيد بما اذا لم يتقادم او كان بالاقرار تدبر (فان رجع) المقر عن اقراره (قبل الحد) اى قبل الحكم بالحد او بعده قبل الشروع فيه (او في اثنائه) قبل الموت (ترك) وخلى سبيله لاحتمال صدقه خلافا للشافعي وابن ابى ليلى فان عندهما يحد لوجوب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره (والحد للمحصن) بكسر الصاد وفتحها (رجمه) لم يقل بالحجارة لانه معتبر في مفهوم الرجم (في فضاء) اى في ارض فارغة واسعة (حتى يموت) متعلق برجمه وقد ثبت ذلك بالحديث وعليه انعقد اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم وفيه اشعار بانه لو رجع في رجمه وهرب اتبعه وهذا اذا ثبت بالبينة واما اذا ثبت بالاقرار فلا يتبعه فانه رجوع بخلاف الاول لانه لا يصح الرجوع فيه وبانه لا بأس لكل من رمى ان يتعمد قتله لانه واجب القتل الا من كان ذا رحم محرم منه فانه لا يقصد مقتله لان بغيره كفاية كما في التبيين وظاهره انه يرجمه ولكن لا يقصد مقتله مع ان ظاهر المحيط انه لا يرجمه اصلا وهذا بعد القضاء به واما قبله فيجب القصاص في العمد والدية في الخطأ اذا قتله (يبدأ به الشهود) اى يجب بداية الشهود بالرجم ولو بحصاة صغيرة هكذا روى عن على رضى الله تعالى عنه ولانهم قد يتجاسرون على الاداء ثم يستعظمون المباشرة فيرجعون وفيه ضرب احتيال في الدرء وعند الائمة الثلاثة وفي رواية عن ابى يوسف لا تشترط بدايتهم ولكن يستحب حضورهم وبدايتهم اعتبارا بالجلد واجيب بان كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف (فان ابوا) اى الشهود كلا او بعضا عن الرجم (او غابوا او ماتوا)

او جنوا اوفسقوا اوقذفوا كلا اوبعضا اوعموا اوخرسوا اوارتدوا (سقط) الرجم سواء كان قبل القضاء او بعده لفوات الشرط وهو بداءة الشهود وروى عن ابي يوسف لو ابوا كلا او بعضا اوغابوا رجم الامام ثم الناس ولم ينتظروهم ولو كانوا مرضى لايستطيعون الرمى وقد حضروا اومقطوعى الايدى يبدأ به الامام هذا اذاقطعت ايديهم قبلها فان بعدالشهادة امتنعت الاقامة وقيد بالرجم لان ماسواه من الحدود لايجب الابتداء من الشهود ولا الامام كما فى الظهيرية ثم قال واذا سقط بامتناع احدهم هل يحد الشاهد اولا ذكر فى المبسوط لانه لايقام الحد على الشهود (ثم الامام) اى يرجم الامام اوالقاضى (ثم الناس) ولم يذكر المصنف ان الامام اذا امتنع بعد الشهود انه يسقط الحد وقياسه السقوط كما فى البحر وفى الظهيرية القاضى اذا امر الناس برجم الزانى وسعهم ان يرجموه وان لم يعاينوا اداء الشهادة وروى عن محمد هذا اذا كان القاضى فقيها عدلا اما اذا كان فقيها غير عدل اوكان عدلا غير فقيه فلايسعهم ان يرجموه حتى يعاينوا اداء الشهادة (وفى المقر يبدأ الامام) اى يرجم فى حق المقر خاصه الامام حال كونه مبتدئا فهو تضمين شايع ليس فيه تسامح كما فى القهستانى (ثم الناس) هكذا روى عن على رضى الله تعالى عنه (ويغسل) المرجوم بعد موته ويكفن (ويصلى عليه) لقوله عليه الصلوة والسلام حين سئل عن غسل ماعز وتكفينه والصلوة عليه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم لقد تاب توبة لوقسمت على اهل الحجاز لوسعتهم ولقد رأيته يتغمس فى انهار الجنة ولانه قتل بحق فلايسقط به الغسل بخلاف الشهيد (و) الحد (لغير المحصن) اى لزان حر فقد سائر الشروط الخمس (مائة جلدة) لقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ فى حق المحصن فبقى فى حق غيره معمولا به ويكفينا فى تعيين الناسخ القطع برجم النبى عليه الصلوة والسلام فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية كما فى البحر (وللعبد) الزانى (نصفها) اى نصف جملة المائة فيجلد خمسين سوطا لقوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد به الجلد لان الرجم لايتنصف واذا ثبت التنصيف فى الاماء لوجود الرق ثبت فى العبد دلالة (بسوط) متعلق بجلدة (لاثمرة له) لان عليا رضى الله تعالى عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته (ضربا وسطا) اى متوسطا بين المولم فى الغاية وغير المولم وفى المضمرات ضربا مولما غير قاتل ولاجارح لان المقصود الانزجار ولو كان الرجل الذى وجب عليه الحد ضعيف الخلقة فخيف الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله كما فى الفتح لما روى ان رجلا ضعيفا زنى فامر رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بان يؤخذ عثكال فيه مائة شمراخ فيضرب بضربة كما فى السراجية (متفرقا) ذلك الضرب (على) جميع (بدنه) ويعطى كل عضو حظه من الضرب لانه نال اللذة كما فى التبيين وغيره قال فى شرح عيون المذاهب وفيه كلام لانه يلزم منه ان يضرب الفرج انتهى لكن الضرب فى الفرج قد يفضى الى التلف والحد زاجر لامتلف فلهذا تبقى الاعضاء التى لايؤمن منها التلف كالفرج وغيره تدبر (الا الرأس) لئلا يؤدى الى زوال سمعه اوبصره اوشمه (والوجه) لانه مجمع المحاسن فلايؤمن ذهابها بالضرب (والفرج) لئلا يؤدى الى الهلاك وقال بعض مشايخنا لايضرب الصدر والبطن لانه مهلك (وعند ابى يوسف) والشافعى فى قول (يضرب الرأس ضربة) واحدة لقول ابى بكر رضى الله تعالى عنه اضربوا الرأس فان الشيطان فيه وجوابه انه ورد فى حربى كان داعيا وهو مستحق القتل (ويضرب الرجل قائما فى كل حد) لان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه (بلامد) اى من غير ان يلقى على الارض وتمد رجلاه كما يفعل اليوم وقيل من غير ان يمد الضارب يده فوق رأسه وقيل من غير ان يمد السوط على العضو عند الضرب ويجره وكل ذلك لايفعل لانه زيادة فى الحد وفيه اشعار بانه لايمسك ولايشد لان الالم يزيد به الا ان يعجزهم فيشد (وينزع ثيابه) اى يجرد الرجل عنها ليجد زيادة الالم فينزجر خلافا للشافعى واحمد (سوى الازار) حذرا عن انكشاف العورة

(والمرأة) تحد (جالسة) في كل حد لانه استرلها (ولا ينزع ثيابها) اى ثياب المرأة لان فيه كشف العورة وهذا تصريح بما علم للاستثناء (الا الفرو) اى اللباس الذى من جلود الغنم وغيره (والحشو) اى الثوب المملو بالقطن او الصوف اوغيره فانهما ينزعان ليصل الالم الى بدنها الا اذا لم يكن لها غير ذلك (ويحفر لها) اى للمرأة الى السرة اوالى الصدر (فى الرجم) لانها ربما تضطرب وتكشف العورة وهو بيان الجواز والا فلا بأس بترك الحفر لها (لا) يحفر فى الرجم (له) اى للرجل لانه ينافى التشهير والربط والامساك غير مشروع فى المرجوم وهذا تصريح بما علم ضمنا والاولى تركه (ولا يحد سيد مملوكه) سواء كان عبدا اوامة (بلا اذن الامام) اونائبه لانه حق الله تعالى ولا نيابة له فيه بخلاف التعزير فانه حق العبد وعند الائمة الثلثة يحد اذا عاين السبب اواقر عنده واوثبت بالبينة فلهم فيه قولان وفى حد القذف والقصاص وجهان هذا اذا كان المولى ممن يملك اقامة الحدود بتقلد القضاء حتى لوكان مكاتبا اوذميا اوامرأة فلا يقيم الحد اتفاقا (واحصان الرجم) احتراز عن احصان القذف على ما سيأتى (الحرية) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحصن الحر الامة والعبد الحرة (والتكليف) لان الصبى والمجنون ليسا باهل للعقوبات (والاسلام) للحديث من اشرك بالله فليس بمحصن ورجمه عليه الصلوة والسلام اليهوديين انما كان بحكم التورية قبل نزول آية الجلد ثم نسخ وعن ابى يوسف ان الاسلام ليس بشرط فى الاحصان وبه قال الشافعى واحمد (والوطئ بنكاح صحيح) حتى لووطئ بنكاح فاسد اوملك يمين لم يرجم وكذا من لم يتزوج اوتزوج ولم يدخل بها لا يكون محصنا اما فى الاول فلعدم تمكنه من الوطئ الحلال واما فى الثانى فلقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب والثيابة لا تكون بغير دخول ولانه لم يستغن عن الزنا والدخول ايلاج الحشفة اوقدرها ولا يشترط الانزال لانه شبع وفى الدرر ويجب ان يعلم ان حصول الوطئ بنكاح صحيح شرط لحصول صفة الاحصان ولا يجب بقاؤه لبقاء الاحصان حتى لوتزوج فى عمره مرة بنكاح صحيح ثم زال النكاح وبقى مجردا وزنى يجب عليه الرجم (حال وجود الصفات المذكورة فيهما) اى فى الواطئ والموطوءة بنكاح صحيح حتى ان المملوكين اذا كان بينهما وطئ بنكاح صحيح حال الرق ثم عتقا لم يكونا محصنين وكذا الكافران وكذا الحر اذا تزوج امة اوصغيرة اومجنونة ووطئها لا يكون محصنا لوجود النفرة عن نكاح هؤلاء لعدم تكامل النعمة وكذا اذا كان الزوج عبدا اوصبيا اومجنونا اوكافرا وهى حرة بالغة عاقلة مسلمة بان اسلمت قبل ان يطأها الزوج ثم وطئها الكافر قبل ان يفرق بينهما فانها لا تكون محصنة بهذا الدخول ولو زال الاحصان بعد ثبوته بالجنون اوالعته يعود محصنا اذا افاق وعند ابى يوسف لا يعود حتى يدخل بامرأته بعد الافاقة وفى البحر اذا سرق الذمى اوزنى ثم اسلم ان ثبت ذلك عليه باقراره اوبشهادة المسلمين لا يدرأ عنه الحد وان ثبت بشهادة اهل الذمة فاسلم لا يقام عليه الحد وسقط عنه (ولا يجمع بين جلد ورجم) يعنى فى المحصن لانه عليه الصلاة والسلام لم يجمع (ولا) يجمع (بين جلد ونفى) يعنى فى غير المحصن وعند الائمة الثلثة يجمع بين الجلد والنفى وانما ان الحد فى الابتداء الايذاء باللسان ثم نسخ بالحبس فى البيوت ثم نسخ بجلد مائة ونفى فى البكر بالبكر وجلد ورجم فى الثيب بالثيب ثم نسخ بجلد مائة فى كل زان ثم نسخ واستقر الحكم بالرجم فى المحصن والجلد فى غيره (الا سياسة) استثناء من قوله ولا بين جلد ونفى اذا رأى الامام مصلحة للمسلمين فيغربه على قدر ما يرى لان عمر رضى الله تعالى عنه نفى غلاما صبيح الوجه افتتن به النساء والحسن لا يوجب النفى الا انه فعله سياسة لا حدا وفيه اشارة الى ان السياسة لا تختص بالزنا بل تكون فى كل جناية والرأى فيه الى الامام وفى البحر وفسر التغريب فى النهاية بالحبس وهو احسن واسكن للفتنة من نفيه الى اقليم آخر لانه بالنفى يعود مفسدا كما كان انتهى لكن يمكن ان يكون صالحا بلحوق العار وبالغربة

عن الوطن فلا يتحقق العود مفسدا تأمل (والمريض) الزاني المحصن (يرجم) في الحال لان الرجم متلف ولا يتأخر لسبب المرض (ولا يجلد) الزاني المريض غير المحصن (ما لم يبرأ) عن المرض كيلا يفضي الى الهلاك وهو غير مستحق به لكن يحبس حتى يبرأ فيجلد وفيه اشارة الى انه اذا كان مريضا وقع اليأس عن برئه يقام عليه الحد تطهيرا كما في المحيط والى انه لا يجلد في الحر والبرد الشديدين لخوف التلف كما في اكثر الكتب (والحامل ان ثبت زناها بالبينة تحبس حتى تلد) كيلا تهرب قيد بالبينة لانه اذا ثبت بالاقرار لا تحبس لان الرجوع عنه صحيح فلا فائدة في الحبس (وترجم) الحامل المحصنة (اذا وضعت) اي بعد وضع الولد ان كان له مرب لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل (ولا تجلد) الحامل غير المحصنة (ما لم) تلد و(تخرج من نفاسها) ولانه نوع مرض ولذا نفذ تصرفها من الثلث فلو اكتفى بالمريض جاز والحائض كالصحيح (وان لم يكن للمولود من يربيه لا ترجم حتى يستغني) الولد (عنها) لان في ذلك صيانة الولد عن الهلاك كما في الاختيار وانما صورها في صورة الامكان مع انها ذكرت في الهداية وغيرها انها رواية عن الامام لكن لما كان تعليلها اقوى رجحها وسكت عما عداها تدبر

﴿ باب الوطئ الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه ﴾

قد تقدم حقيقة الزنا وهو الذي يوجب الحد وكيفية اثباته ثم شرع في تفاصيله وبدأ ببيان الشبهة فقال (الشبهة) وهي ما يشبه الثابت وليس في نفس الامر بثابت او اسم من الاشتباه وهي ما بين الحلال والحرام والخطاء والصواب (دارئة) اي دافعة (للحد) عن الواطئ لما تقدم قال الاسبيجابي الاصل انه متى ادعى شبهة واقام البينة عليها سقط الحد فبمجرد الدعوى يسقط ايضا الا الاكراه خاصة فلا يسقط به الحد حتى يقيم البينة على الاكراه (وهي) اي الشبهة (نوعان) هذا مسلك صاحب الوقاية والكنز لكن في الاصلاح وغيره ان الشبهة ثلثة انواع في المحل وفي الفعل وفي العقد ولا يمكن درج الثالثة لان النسب يثبت فيها ولا شئ فيهما على الجاني وان اعترف بالحرمة (شبهة في الفعل) اي الوطئ وتسمى شبهة الاشتباه اي شبهة المشتبه المعتبر في حقه لا غير (وهي) اي الشبهة في الفعل (ظن غير الدليل) على حل الفعل (دليلا) عليه (فلا يحد فيها) اي في شبهة الفعل (ان ظن) الواطئ (الحل) قال في الاصلاح ان ادعى الحل وعلل بان العبرة لدعوى الظن فانه يحد ان لم يدع وان حصل له الظن ولا يحد ان ادعى وان لم يحصل له الظن تأمل (والا) اي وان لم يظن الحل (يحد) قالوا هذه الشبهة في ثمانية مواضع والزيادة عليها حاصلة بالنظر لتعدد الاصول والى هذه المواضع اشار بقوله (كوطئ معتدته من ثلاث) لان حرمتها مقطوع به فلم يبق له فيها ملك ولا حق له غير انه بقي فيها بعض الاحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة اختها واربع سواها وعدم قبول شهادة كل منهما لصاحبه فحصل الاشتباه لذلك فاورث شبهة عند الظن الحل لانه في موضع الاشتباه فيعذر والاطلاق شامل ما اذا اوقعها جملة او متفرقا وفي البحر سؤال وجواب فليطالع (او) كوطئ معتدته (من طلاق على مال) وفي الهداية والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة وفي البحر ومرادهم الطلاق على مال بغير لفظ الخلع اما اذا كان بلفظ الخلع ففيه الاختلاف لكن الصحيح ان يكون الحكم فيه كالحكم في المطلقة ثلثا ذكره الكرخي (او) كوطئ (ام ولد اعتقها) لثبوت حرمتها بالاجماع وثبتت الشبهة عند الاشتباه لبقاء اثر الفراش وهي العدة (او) كوطئ (امة اصله) اي ابيه وامه (وان علا) من الاجداد والجدات فان اتصال الاملاك بين الاصول والفروع قد يوهم ان للابن ولاية وطئ جارية الاصل كما في العكس (او) كوطئ (امة زوجته) فان غنى الزوج بمال زوجته المستفادة من قوله تعالى (ووجدك عائلا فاغنى) اي بمال خديجة رضي الله تعالى عنها

قد يورث شبهة ان مال الزوجة ملك للزوج كما فى اكثر المعتبرات وما قاله الباقانى وغيره من انه قد اجمع
على ان نسبة الاغناء نسبة مجازية صرفة بخلاف قوله عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك
على ان هذا التفسير غير متعين كما ذكر فى كتب التفسير مع انه يحتمل الخصوص ليس بسديد لان
كون نسبة الاغناء نسبة مجازية لاينافى ايراث الشبهة مع تصريحهم اغناءه بمال خديجة وان كانت
على قول تأمل (او) كوطئ امة (سيده) لان العبد ينتفع بمال المولى عادة مع كمال الانبساط فاذا ظن
ان وطئ الجوارى من قبيل الاستخدام واشتبه عليه الحال يكون معذورا (وكذا وطئ المرتهن
المرهونة) فاذا قال المرتهن علمت انها حرام ففيه روايتان ففى رواية كتاب الرهن لاحد عليه وفى رواية
كتاب الحد يجب الحد (فى الاصح) كما فى الهداية وفى التبيين وهو المختار لان الاستيفاء من عينها
لايتصور وانما يتصور من ماليتها فلم يكن الوطئ حاصلا فى محل الاستيفاء لكن لما كان الاستيفاء سببا
لملك المال فى الجملة وملك المال سبب لملك المتعة فى الجملة حصل الاشتباه واما على رواية الايضاح انه يحد
سواء ظن اولا فهى مخالفة لعامة الروايات كما فى الفتح وفى الهداية والمستعير للرهن فى هذا بمنزلة
المرتهن واما الجارية المستأجرة والعارية والوديعة فكجارية اخيه فيحد وان ظن الحل ففى هذه
المواضع الثمانية لايحد اذا قال انها تحل لى ولو قال علمت انها على حرام وجب الحد واطلق
فى ظن الحل فشمل ظن الرجل وظن الجارية فان ظناه فلا حد وان علم الحرمة وجب الحد وان ظنه
الرجل وعلمته الجارية او بالعكس فلا حد كما فى المحيط (و) النوع الثانى من نوعى الشبهة (شبهة
فى المحل) اى الموطوءة وتسمى شبهة ملك وشبهة حكمية (وهى قيام دليل ناف للحرمة فى ذاته)
اى اذا نظرنا الى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافيا ولايتوقف على ظن الجانى واعتقاده
(فلا يحد) الجانى (فيها) اى فى الشبهة فى المحل (وان) وصلية (علم بالحرمة كوطئ امة ولده
وان سفل) فانه عليه الصلاة والسلام اضاف مال الولد الى الاب بلام التمليك فقال انت ومالك
لابيك ولم يثبت حقيقة الملك فتثبت شبهته عملا بحرف اللام بقدر الامكان (او) كوطئ
(مشتركته) فان الملك فيها دليل جواز الوطئ (او) كوطئ (معتدته بالكنايات) بان قال لها انت بائن
او على حرام او بتة او برية مثلا واراد البينونة او الثلاث ثم جامعها فى عدتها لاحد عليه لقول
بعض الصحابة رضى الله تعالى عنهم ان الكنايات رواجع وان نوى الثلاث (دون الثلاث)
لافائدة فى هذا اللفظ لانه ان اراد معتدته من الثلاث صريحا فقد مر فى شبهة الفعل وان اراد الفاظ
الكنايات اذا نوى بها الثلاث فليس حكمها ذلك كما ذكر قبلها والصواب الترك تأمل (او)
كوطئ (البايع) الامة (المبيعة او) كوطئ (الزوج) الامة (الممهورة) اى التى جعلها صداقا لمرأة
تزوجها (قبل تسليمها) اى قبل تسليم المبيعة الى المشترى فى البيع الصحيح وقبل التسليم وبعده
فى الفاسد والمبيعة بشرط الخيار سواء للبايع او المشترى وقبل تسليم الممهورة الى الزوجة لان
كون المبيعة فى يد البايع بحيث لو هلكت انتقض البيع دليل الملك فى المبيعة وكون المهر صلة
اى غير مقابل بمال دليل عدم زوال الملك فلا يحد الواطئ فى هذه المواضع وان قال علمت انها حرام
خلافا لزفر (والنسب يثبت فى هذه) اى فى شبهة المحل (عند الدعوة) لعدم تمحضه زنا لقيام الدليل
النافى للحرمة (لا فى الاولى) اى لايثبت النسب فى شبهة الفعل (وان) وصلية (ادعاه) لتمحضه
زنا وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الحال عليه هذا ليس بجارى على العموم فان
فى المطلقة ثلاث يثبت النسب لان هذا وطئ فى شبهة العقد فيكفى ذلك لاثبات النسب (ويحد
بوطئ امة اخيه او عمه) او ذى رحم محرم غير الولاد او المستأجرة او المستعارة (وان) وصلية
(ظن حلها) لانه لم يستند ظنه الى دليل (وكذا) يجب الحد (بوطئ امرأة وجدها على فراشه)
وقال حسبتها امرأتى لعدم الاشتباه مع طول الصحبة فلم يكن هذا الظن مستندا الى دليل فلغا (وان)

وصلية (كان اعمى) لامكان التمييز بالسؤال (الا ان دعاها فقالت) اى اجابت تلك المرأة فقالت
(انا زوجتك) فوطئها لايحد لانه اعتمد على الاخبار وهو دليل فى حقه ولو جاءت بولد ثبت نسبه
قيد بقوله وانا زوجتك لانها اذا اجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كما فى العناية
(لا) يجب الحد (بوطئ اجنبية زفت) اى بعثت (اليه وقلن) النساء بالجمع لكن الظاهر
انه ليس بشرط لانه من المعاملات والواحدة تكفى فيها كما فى البحر فعلى هذا لو اتى بصيغة المفرد
كما فى الكنز لكان اولى تأمل (هى زوجتك) لانه اعتمد على اخبارهن فى موضع الاشتباه اذ الانسان
لايميز بين امرأته و بين غيرها فى اول الوهلة فصار كالمغرور لكنه لايحد قاذفه (وعليه المهر) اى
مهر المثل والعدة ويثبت نسب ولدها منه لان الوطئ فى دار الاسلام لايخلو عن الحد او المهر وقد
سقط الحد فتعين المهر (ولا بوطئ بهيمة) لانه ليس فى معنى الزنا فى كونه جناية الا انه يعزر لانه ارتكب
جريمة والذى يروى انها تذبح وتحرق فذلك لقطع التحدث به (وزنى فى دار حرب او بغى) اى من زنى
فى دار الحرب او البغى ثم خرج الينا لايقام عليه الحد الا اذا كان امير المصر فى دار الحرب فله ان يقيم الحد
على من زنى فى معسكره وتمامه فى المنح وعند الائمة الثلاثة عليه يقام الحد لو خرج الينا واقر لانه التزم
باسلامه احكام الاسلام اينما كان ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاتقام الحدود فى دار الحرب (ولا) يجب
الحد (بوطئ امرأة محرم) له (تزوجها) سواء كان عالما بالحرمة او لا ولكن ان كان عالما به يوجع بالضرب
تعزيرا له هذا عند الامام وعندهما والائمة الثلاثة عليه الحد ان كان عالما بذلك لان الشرع اخرج المحارم
عن محلية النكاح فصار العقد لغوا وله ان المحرم محل النكاح باعتبار ان المقصود منه التناسل وكل انثى
من بنات ادم قابلة له ومحلية النكاح وان انعدمت عن المحارم بدليل لكن بقيت شبهتها كما فى نكاح المتعة
فيندرئ به الحد هذا ووطئ المزوجة بغير شهود وغيرهما من شبهة العقد فتكون الشبهة على ثلثة
اضرب كما بيناه فى اول الكتاب (او من استأجرها ليزنى بها) فانه لايحد عند الامام لانه روى ان امرأة
سألت رجلا مالا فابى ان يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر رضى الله تعالى عنه الحد عنها وقال
هذا مهرها (خلافا لهما) فى المسئلتين وهو قول الائمة الثلاثة لانه ليس بينهما ملك ولا شبهة فكان
زنا محضا قيد بالاستيجار لانه لو زنى بها واعطاها مالا ولم يشترط شيئا يحد اتفاقا ولو قال امهرتك لازنى بك
لايحد اتفاقا وقيد ليزنى بها لانه لو استأجرها للخدمة ثم جامعها يحد اتفاقا (ومن وطئ اجنبية
فيما دون الفرج) اى فى غير السبيلين كالتبطين والتفخيذ (يعزر) اتفاقا كما فى شرح المجمع وغيره
لانه اتى امرا منكرا ليس فيه حد (وكذا لو وطئها) اى الاجنبية (فى الدبر) فانه يعزر عند الامام
وعندهما يحد فاذا عرف هذا علم ان فى هذا المحل كلاما لان المسئلة الاولى اتفاقية والثانية اختلافية
فلا معنى لهذا العطف بطريق التشبيه تأمل وفيه اشارة الى انه لو فعل هذا بعبده او امته او منكوحته
لايحد بلا خلاف وان كان حراما بالاجماع وانما يعزر لارتكاب المحظور (او عمل عمل قوم لوط) فانه
يعزر ولا يحد عند الامام (وعندهما يحد) وهو احد قولى الشافعى وقال فى قول يقتلان بكل حال
لقوله عليه الصلوة والسلام اقتلوا الفاعل والمفعول ولهما انه فى معنى الزنا لانه قضاء الشهوة فى محل
مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله انه ليس زنا لاختلاف الصحابة
رضى الله تعالى عنهم فى موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع
باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو فى معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا اندر
وقوعا لانعدام الداعى فى احد الجانبين والداعى الى الزنا من الجانبين وما رواه الشافعى محمول على
السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده كما فى الهداية وفى المنح الصحيح قول الامام وفى الفتح انه يودع
فى السجن حتى يتوب او يموت ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان او غيره سياسة وفى التبيين لو رأى
الامام مصلحة قتل من اعتاده جاز له قتله وفى البحر انهم يذكرون فى حكم السياسة ان الامام يفعلها

ولم يقولوا القاضى فظاهره ان القاضى ليس له الحكم بالسياسة ولا العمل بها وفى التنوير ولاتكون
اللواطة فى الجنة على الصحيح (وان زنى ذمى بحربية) مستأمنة (فى دارنا) فلاحد لو زنى فى دار
الحرب (حد الذمى فقط) لا الحربية عند الطرفين لكون اهل الذمة مخاطبين بالعقوبات بخلاف
الحربية (وعند ابى يوسف يحدان) لان المستأمن ملتزم لاحكامنا مادام فى دارنا فيحد الا فى شرب
الخمر (وفى عكسه) اى ان زنى حربى مستأمن بذمية (حدت الذمية لا الحربى) عند الامام لانه
قد وجد حقيقة الزنا منها فيحد خاصة (وعند ابى يوسف يحدان) لما مر (وعند محمد لايحدان)
لان الحد يسقط فى الاصل فاوجب سقوطه فى التبع (وان زنى مكلف بمجنونة اوصغيرة) تجامع
مثلها الا انها اذا لم تكن تجامع مثلها فوطأها لايجب عليه الحد كما فى الغاية ولو قيده لكان اولى تأمل (حد)
المكلف خاصة بالاجماع لكونه اصلا (وفى عكسه) اى ان زنى مجنون اوصبى بمكلفة (لاحد عليهما) اى
المكلفة لانها تابعة له (الا فى رواية عن ابى يوسف) فانه قال يحد المكلفة وهو قول زفر والائمة الثلثة
لان الزنا وجد منها وسقوط الحد من جانبه لايسقط الحد عنها (ولاحد بزنا المكره) سواء كان المكره
زانيا او مزنية ولو اكره غير السلطان يحد عند الامام ولا يحد عندهما لان المعتبر خوف التلف وذا يتحقق
من غيره اذا كان المكره قادرا على ايقاع ما هدد به والفتوى على قولهما (ولا) يحدان (اقر احدهما)
اى احد الزانيين (بالزنا) اربع مرات فى مجالس مختلفة (وادعى الآخر النكاح) لان دعوى النكاح
يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر اما لو اقر احدهما
بالزنا وقال الآخر ما زنانى ولا اعرفه فلا يحد المقر عند الامام وزفر وعندهما يحد وفى المنح اذا كانت
المرأة غائبة واقر الرجل انه زنى بها او شهد عليه الشهود فانه يقام عليه الحد (ومن زنى بامة فقتلها)
اى الامة (به) اى بفعل الزنا (لزمه) اى الفاعل (الحد والقيمة) عند الطرفين لانه جنى
جنايتين فيوفر على كل واحدة منهما حكمها (وعند ابى يوسف) لزمه (القيمة فقط) لان تقرر
ضمان القيمة سبب لملك الامة وعلى هذا الخلاف لو زنى بجارية ثم اشتراها او زنى بها ثم نكحها او زنى
بجارية جنت عليه قبل الزنا فدفعت الى الزانى بعد الزنا بسبب الجناية اما لو فداها المولى بعد الجناية
فيجب عليه الحد اتفاقا او زنا بها ثم غصبها وضمن قيمتها اما لو غصبها ثم زنا بها ثم ضمن قيمتها
فلاحد عليها اتفاقا كما فى شرح المجمع قيد بالجارية لانه لو زنى بالحرة فقتلها به يجب الحد مع
الدية اتفاقا وفى الحقايق وضع هذا لو زنت بعبد ثم اشترته يحدان اتفاقا (والخليفة) اى الامام
الاعظم الذى ليس فوقه امام (يأخذ بالمال او بالقتل) اذا اخذ مالا او قتل بغير حق لانه من
حقوق العباد و يستوفيه ولى الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين وفيه اشعار بانه لايشترط
القضاء لاستيفاء القصاص والاموال الا اذا انكر الاموال (لا بالحد) لان اقامته مفوضة اليه
فلا يمكنه ان يقيمه على نفسه وكذا القاضى بخلاف امير البلدة فان عليه الحد بامر الامام

﴿ باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها ﴾

(لاتقبل الشهادة بحد) اى بما يوجبه
كالزنا مثلا (متقادم) اى موجبه او سببه وهو الزنا فاسناده الى الحد مجاز (من غير بعد
عن الامام) يعنى ان عدم القبول مشروط بقرب الحاكم بحيث يقدر على ادائها من غير تأخير والا تقبل
وفى الفتح وغيره ولاشك انه لايتعين البعد عذرا بل يجب ان يكون كل من نحو مرض او خوف طريق
او فى بعد يومين ونحوه من الاعذار التى يظهر انها مانعة من المسارعة انتهى فعلى هذا لو قال من
غير عذر لكان اولى تأمل والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم لان الشاهد مخير
بين حسبتين اداء الشهادة والستر قال عليه الصلاة والسلام من ستر على اخيه المسلم عورة ستر الله
عليه عورته يوم القيمة فالتأخير ان كان للستر فالاقدام على الاداء بعده يكون عن عداوة والا صار فاسقا
آثما خلافا للشافعى كما فى اكثر المعتبرات وفى المنح ولايخفى ان فى العبارة تساهلا مشهورا فان الذى

يبطل بالتقادم الشهادة باسبابها (الافى) حد (القذف) لان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم (وفى السرقة يضمن) السارق (المال) المسروق اذا ثبت بالشهادة ولا يضره التقادم لانه حق العبد لكن لا يحد السارق لانه حق الله تعالى فلهذا لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضى بالمال دون القطع وفى كثير من الكتب التقادم كما يمنع الشهادة يمنع اقامة الحد بعد القضاء خلافا لزفر وهو قول الائمة الثلاثة حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا تقام عليه بقية الحد (ويصح الاقرار به) اى لو اقر بما يوجب الحد بعد التقادم حد لان المرء لا يتهم على نفسه (الا فى الشرب وتقادم غير الشرب بشهر) وهو منقول عن محمد لان ما دونه عاجل ومروى عنهما (فى الاصح) قال الامام انه مفوض الى رأى القاضى وقيل بمضى ستة اشهر وقيل بنصف شهر وفى التنوير ولو شهدوا بزنا متقادم حد الشهود عند البعض وقيل لا (و) تقادم (الشرب بزوال الريح) عند الشيخين كما سيأتى (وعند محمد بشهر ايضا) اى كتقادم غير الشرب (وان شهدوا بزناه بغائبة) وهم يعرفونها (قبلت) شهادتهم ويحد (بخلاف سرقته من غائب) اى لو شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع لشرطية الدعوى فى السرقة دون الزنا لكنه يحبس السارق الى ان يجئ المسروق منه كما سيأتى (وان اقر بالزنا بمجهولة) او غائبة (حد) المقر لانه اقر بالزنا وهو غير متهم فى حق نفسه (وان شهدوا كذلك) اى شهدوا وجهلوا الموطوءة (لا يحد) المشهود عليه لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر ولا الشهود لوجود النصاب وفى البحر وان قال المشهود عليه ان التى رأوها معى ليست لى بامرأة ولا بخادم لم يحد ايضا وذلك انها تتصور امة ابنه او منكوحته نكاحا فاسدا ولو قال زنى بامرأة لا نعرفها ثم قالوا بفلانة فانه لا يحد الرجل ولا الشهود (وكذا لو اختلفوا فى طوع المرأة) يعنى لو شهد اثنان انه زنى بفلانة كرها وآخران انها طاوعته لا يحد عند الامام وهو قول زفر (وعندهما يحد الرجل) لاتفاق الاربعة على زناه لا المرأة للاختلاف فى طوعها وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وفى اطلاقه شامل ما اذا شهد ثلثة بالطواعية وواحد بالاكراه وعكسه لكن فى الوجه الاول يحد الثلثة حد القذف لعدم سقوط احصانها بشهادة الفرد وعند الامام لا يحدون فى هذه الوجوه لان اتفاق الاربعة على النسبة الى الزنا بلفظ الشهادة يخرج كلامهم من ان يكون قذفا (ولا يحد احد لو اختلف الشهود فى بلد الزنا) اما فى حقهما فللاختلاف ولم يتم على كل منهما نصاب الشهادة واما الشهود فللشبهة نظرا الى اتحاد الصورة خلافا لزفر (او شهد اربعة به) اى بالزنا (فى بلد) معين (فى وقت) معين (واربعة) اى شهد اربعة اخرى بالزنا (فى ذلك الوقت ببلد آخر) لم يحد احد اما فى حقهما فللتيقن بكذب احد الفريقين ولا رجحان لاحدهما فيرد الجميع واما الشهود فلاحتمال صدق كل فريقين يعنى مع وجود النصاب اذ بدونه لا يجدى ذلك الاحتمال وبدون احتمال الصدق لا يجدى وجود النصاب (وكذا) لا يحد احد (لو شهد اربعة على امرأة به) اى بالزنا (وهى) اى والحال ان تلك المرأة (بكر) اى تثبت بكارتها بقول النساء وقولهن تقبل فى اسقاط الحد لا فى ايجابه فلا يحد احد وكذا فى الرتق والقرن وغيرهما مما يعمل بقول النساء وفيه اشعار بانهم لو شهدوا على رجل بالزنا فوجد مجبوبا فانه لا حد على احد (اوهم) اى الشهود (فسقة) سواء علم فسقهم فى الابتداء او ظهر فسقهم لانه تعالى امر بالتوقف فى خبر الفاسق وانه مانع عن العمل به واما عدم الحد على الشهود لان الفاسق من اهل الاداء وهم اربعة (او شهود على شهود) لان فى شهادتهم زيادة شبهة وهم ما نسبوا المشهود عليه الى الزنا بل حكوا شهادة الاصول بذلك والحاكى للقذف لا يكون قاذفا فلا يحدون وكذا لا حد على الاصول بالاولى (وان) وصلية (شهد به) اى بالزنا (الاصول بعد ذلك) لرد شهادتهم من وجه برد شهادة الفروع هذا فى الحدود وفى غير الحدود تقبل بعد رد

شهادة الفرع لثبوت المال مع الشبهة (وحد المشهود عليه لو اختلف الشهود فى زوايا البيت) معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا فى زاوية وكان البيت صغيرا وان كان كبيرا لاتقبل والقياس ان لاتقبل كيف ماكان وهو قول زفر والشافعى ووجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل فى زاوية والانتهاء فى زاوية اخرى بالاضطراب ولو اختلفوا فى ساعتين من يوم فى لون المزنى بها او فى طولها وقصرها او فى ثيابها فانه لايمنع لامكان التوفيق (و) حد (الشهود فقط) اذا طلبه المشهود عليه لا المشهود عليه (اوكانوا عميانا) فى وقت الاداء (اومحدودين فى قذف او) كانوا اى الشهود (اقل من اربعة اواحدهم عبدا ومحدود) ولو ترك قوله اومحدودين فى قذف واقتصر على هذه لكان اخصر لانفهامه مما ذكر بطريق الدلالة تأمل وانما خص الحد بهم لعدم اهلية الشهادة فيهم او عدم النصاب فلا يثبت الزنا ويجب الحد لكونهم قذفة (وكذا) اى حد الشهود فقط (او وجد احدهم) اى احد الشهود (عبدا اومحدودا) فى قذف (بعد حد المشهود) بالشهادة لانهم قذفة (ودية فى بيت المال ان رجم) اى المشهود عليه بان كان محصنا لانه حصل بقضاء القاضى وخطاؤه فى بيت المال لانه عامل للمسلمين فيجب فى مالهم وهو بيت المال (وارش جرح ضرب به) اى المشهود عليه (اوموته منه هدر) لوشهد الشهود بزنا والزانى غير محصن فجلد فجرح اوافضى الى الموت ثم ظهر احدهم عبدا اومحدودا فى قذف فالارش هدر عند الامام (وقالا) وهو قول الائمة الثلثة الارش (فى بيت المال ايضا) اى كما فى الرجم وله ان الفعل الجارح لاينتقل الى القاضى لانه لم يؤمر به فيقتصر على الجلاد الا انه لايجب عليه الضمان فى الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة (وكذا الخلاف او رجع الشهود) وفيه تسامح لانه يوهم ان ارش الجرح اوموته هدر عند الامام وعندهما فى بيت المال وليس كذلك بل اذا رجع الشهود بعد الجرح او الموت لايضمنون عنده وعندهما يضمنون وهو قول الائمة الثلثة تدبر (ولو رجعوا) اى الشهود (بعد الرجم) اى رجم المحصن (حدوا) اى الشهود حد القذف وقال زفر لايحدون قيد بالرجوع لانهم لو ظهروا عبيدا لايحدون اتفاقا وقيد ببعد الرجم لانهم لو رجعوا بعد الجلد يحدون اتفاقا (وغرموا الدية) لان النفس تلفت بشهادتهم وقال الشافعى يقتلون هذا اذا قالوا تعمدنا وان قالوا اخطأنا غرموا الدية اتفاقا (وكل واحد) من الشهود (رجع) صفة كل (حد) خبر كل (وغرم ربعها) اى ربع الدية وفيه اشارة الى انه لو شهد اربعة على انه زنى بفلانة وشهد عليه اربعة آخرون بالزنا بغيرها فرجع الفريقان فانهم يضمنون الدية اجماعا ويحدون للقذف عند الشيخين وقال محمد لايحدون ولو ترك المسئلة الاولى واقتصر على هذه لكان اخصر لانفهامها منها بطريق الدلالة تدبر (ولو رجع احد خمسة) الذين شهدوا به ورجم بشهادتهم (فلاشئ عليه) اى على الراجع من الضمان والحد سواء كان قبل القضاء او بعده (فان رجع آخر) بعد رجوع الخامس (حدا) لانفساخ القضاء بالرجوع فى حقهما (وغرما) اى الراجعان من الخمسة (ربعها) اى الدية لان المعتبر فيه بقاء من شهد لا رجوع من رجع فبقى ثلثة الارباع من الدية (ولو رجع واحد قبل القضاء حدوا كلهم) ولا يرجم المشهود عليه وقال زفر حد الراجع فقط لانه لايصدق على غيره ولهما ان كلامهم قذف فى الاصل وانما تصير شهادة باتصال القضاء فاذا لم يتصل بقى قذفا فيحدون (ولو) رجع واحد (بعده) اى القضاء (قبل الحد فكذلك) اى حدوا كلهم عند الشيخين (وعند محمد) وهو قول زفر والشافعى حد (الراجع فقط) ولا يحد الباقون لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ الا فى حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولذا يسقط الحد عن المشهود عليه (ولو شهدوا فزكوا فرجم) بكونه محصنا (ثم ظهروا) اى الشهود (كفارا (او عبيدا فالدية) اى دية المرجوم (على المزكين ان رجعوا عن التزكية) وقالوا تعمدنا الكذب

مع علمنا بانهم ليسوا اهلا للشهادة (والا) اى لو ثبتوا على تزكيتهم ولم يرجعوا وقالوا اخطأنا (فعلى بيت المال) عند الامام (وقالا) وهو قول الائمة الثلثة الدية (على بيت المال مطلقا) اى سواء رجعوا عن التزكية او لا هذا اذا اخبروا بحرية الشهود واسلامهم اما اذا قالوا هم عدول فظهروا عبيدا لم يضمنوا اتفاقا وقيد بالمزكين لانه لاضمان على الشهود والمسئلة بحالها لان كلامهم لم يقع شهادة ولا يحدون للقذف لانهم قد قذفوا حيا وقد مات فلا يورث (ولو قتل احد المأمور برجمه) يعنى شهد اربعة على رجل بالزنا فامر الامام برجمه فضرب شخص عمدا عنقه (فظهروا) اى الشهود (كذلك) اى كفارا او عبيدا (فالدية فى مال القاتل) استحسانا والقياس ان يجب القصاص وهو قول الائمة الثلثة لانه قتل نفسا معصومة ووجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة الاباحة فلم تجب الا الدية فى ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب فى ثلث سنين بخلاف ما قتله قبل القضاء فانه وجب القصاص فى العمد والدية فى الخطاء على عاقلته وفى البحر ولو امر برجمه بعد الشهادة قبل التعديل خطاء من القاضى فقتله رجل عمدا وجب القصاص او خطاء وجب الدية فى ثلث سنين وقيد بقتل المأمور برجمه لان من قتل من قضى بقتله قصاصا فانه يقتص منه سواء ظهر الشهود عبيدا او لا لان الاستيفاء للولى كما فى التبيين (ولو اقر الشهود بتعمد النظر) الى فرج الزانية (لا ترد شهادتهم) لانه يباح لهم النظر لتحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة والخافضة والختان والاحتقان والبكارة فى العنة والرد بالعيب الا اذا قالوا تعمدنا النظر للتلذذ فلا تقبل اجماعا لفسقهم كما فى الفتح (ولو انكر) المشهود عليه بالزنا (الاحصان) بان انكر بعد وجود سائر الشروط (يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين) فيما اذا لم يكن له ولد من حرة مسلمة عاقلة خلافا لزفر والائمة الثلثة فعندهم شهادتهن غير مقبولة فى غير الاموال وعند زفر وان قبلت الا انه يقول الاحصان شرط فى معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء ولهم ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة عن الزنا فلا يكون فى معنى العلة (او) يثبت (بولادة زوجته منه) اى من هذا المنكر وفى التنوير ولو خلا بها ثم طلقها وقال وطئتها وانكرت فهو محصن دونها كما لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية وقال كانت مسلمة فانه يحكم باحصانه دونها اذا كان احد الزانيين محصنا يحد كل واحد منهما حده فيرجم المحصن ويجلد غيره تزوج بلاولى فدخل بها لا يكون محصنا عند ابى يوسف

﴿باب حد الشرب﴾

وهو نوعان شرب الخمر ويكفى فيه القليل ولو قطرة ولا يلزم السكر وشرب المسكر المحرم غير الخمر لا بد فيه من السكر واشار الى الاول بقوله (من شرب خمرا) وهو من الفاظ العموم فيشمل الذمى وغيره والحال انه لا حد على الذمى والاخرس وغير المكلف والاولى ان يقول مسلم ناطق مكلف شرب خمرا نأمل (ولو) وصلية شرب (قطرة) واحدة يعنى بلا اشتراط السكر لان حرمة الخمر قطعية وحرمة غيره ظنية فلا حد الا بالسكر منه (فاخذ وريحها) اى ريح الخمر (موجود) اى حين الاخذ قال فى الذخيرة واذا اخذه الشهود وهو سكران او اخذوه وقد شرب خمرا وريحها يوجد منه فذهبوا به الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك منه يعنى الرائحة قبل ان ينتهوا به الى الامام يحد وهذا لان الاحتراز عن مثل هذا غير ممكن فلا يعتبر مانعا عن اقامة الحد كما لو ذهبت الرائحة بالمعالجة لكن لا بد بان يشهدا بالشرب ويقولا اخذناه وريحها موجودة وقوله وريحها موجود جملة حالية من الضمير فى اخذ والاولى ان يقول موجودة لان الريح مؤنث سماعى واشار الى الثانى بقوله (او جاؤا به سكران ولو) كان سكره (من نبيذ) ونحوه من المسكرات المحرمة غير الخمر واما بالمباح كشرب المضطر والمكره والمتخذ من الحبوب والعسل والذرة والبنج فلا تعتبر تصرفاته كلها لانه بمنزلة الاغماء لعدم الجناية

كما فى اكثر الكتب فعلم من هذا ان البنج مباح وسكره حرام ولا يحد بسكره عند الشيخين خلافا لمحمد
وفى القهستانى ولا يحد بما حصل من نحو الافيون وجوز بواء واختلف انه مسكر ام لا (وشهد بذلك)
اى بشرب الخمر او النبيذ المسكر (رجلان) لان شهادة النساء لا تقبل فى الحدود للشبهة
فاذا شهدوا عند القاضى على رجل شرب الخمر سألهم القاضى عن الخمر ما هى ثم سألهم كيف
شرب لاحتمال الاكراه واين شرب لاحتمال انه شرب فى دار الحرب ومتى شرب لاحتمال التقادم
فاذا بينوا ذلك حبسه القاضى حتى يسئل عن العدالة ولا يقضى بظاهر العدالة كما فى الخانية (او
اقر به) اى بالشرب (مرة) عند الطرفين (وعند ابى يوسف) وزفر (مرتين) اعتبارا بالشهادة
كما فى الزنا واجيب بان ذلك ثبت على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره (وعلم شربه طوعا)
اى لا مكرها ولا مضطرا كما بيناه آنفا (حد) جواب من شرب اى حد المأخوذ بالريح او السكر وبنى
الفعل للمجهول للتعظيم فيشير الى ان الحدود الخالصة لله للامام والولاة وللقضاة عنده فلا يحد
قاضى الرستاق وفقيهه والمتفقهة وائمة المساجد كما فى القهستانى (اذا صحا) فلو شهدا على
السكران لم يحد ويحبس حتى يزال سكره تحصيلا لغرض الانزجار (ثمانين سوطا) متعلق بقوله حد
(للحر) لاجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم وهو حجة على قول الشافعى وهو اربعون للحر
(واربعين) سوطا (للعبد) لان الرق منصف على كل حال (مفرقا) ذلك (على بدنه كما فى الزنا) لان
تكرار الضرب فى موضع واحد قد يفضى الى التلف واشار بالتشبيه الى انه يتوقى المواضع المستثناة
فى حد الزنا وانه يضرب بسوط لا عقدة له ضربا متوسطا ويجرد عن ثيابه مثل الحشو والفرو
فى المشهور عن اصحابنا وعن محمد انه لا يجرد (وان اقر) اى بالشرب وفيه خلاف للائمة الثلثة
(او شهدا عليه بعد زوال ريحها) قيد لمجموع الاقرار والشهادة لبعد المسافة كما قررناه آنفا
(لا يحد) عند الشيخين (خلافا لمحمد) فانه يحد عنده لان التقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق
غير انه قدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وعندهما قدر بذهاب الرائحة واما الاقرار فالتقادم
لا يبطله عند محمد وعندهما لا يحد الا عند قيام الرائحة ورجح فى الغاية قول محمد فقال والمذهب
عندى فى الاقرار ما قال محمد وفى الفتح وقول محمد وهو الصحيح وفى البحر الحاصل ان المذهب قولهما
الا ان قول محمد ارجح من جهة المعنى انتهى فعلى هذا لو قدمه لكان اولى كما هو دأبه تدبر (ولا يحد
من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها) اى الخمر لانه يحتمل انه شربها مكرها او مضطرا والرائحة محتملة
ايضا فلا يجب الحد بالشك الا اذا علم انه طائع (او اقر) بالشرب (ثم رجع) عن اقراره فانه لا يحد لانه
خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه كسائر الحدود وهذا لانه يحتمل ان يكون صادقا فصار
شبهة (او اقر سكران) فانه لا يحد لزيادة احتمال الكذب فى اقراره فيحتال للدرء والحاصل ان كل
حد كان خالصا لله تعالى لا يصح اقراره والا يصح كحد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه
كالصاحى عقوبة عليه كما فى سائر تصرفاته من الاقرار بالمال والطلاق والعتاق وغيرها (والسكر
الموجب للحد ان لا يعرف الرجل من المرأة والارض من السماء) هذا حده عند الامام (وعندهما
ان يهذى ويختلط كلامه) اى يكون اكثر كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس سكران
واليه مال اكثر المشايخ وعند الشافعى المعتبر ظهور اثر السكر فى مشيه وحركاته واطرافه وهذا
مما يختلف بالاشخاص فان الصاحى ربما يتمايل فى مشيه والسكران قد لا يتمايل ويمشى مستقيما
(وبه) اى بقول الامامين (يفتى) كما فى اكثر المعتبرات لانه المتعارف وفى الفتح واختاره للفتوى
لضعف دليل الامام والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ما قالاه بالاتفاق للاحتياط (ولو ارتد
السكران لا تبين امرأته منه) اذ لا يعتبر ارتداده لعدم القصد والاعتقاد هذا قضاء اما ديانة فان كان
فى الواقع قصد التكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا كما فى الفتح وعند ابى يوسف ارتداده كفر وفى البحر

وينبغي ان يصح اسلامه كالمكره لكن في الفتح خلافه

﴿ باب حد القذف ﴾

والقذف لغة الرمي مطلقا وفي الاصطلاح نسبة من احصن الى الزنا صريحا اودلالة وهو من الكبائر باجماع الامة واستثنى منه الشافعية ماكان في خلوة لعدم لحوق العار وفي البحر وقواعدنا لاتأباه لان العلة لحوق العار وهو مفقود في الخلوة (هو) اى حد القذف (كحد الشرب كمية) اى عددا وهو ثمانون جلدة للحر ونصفها للعبد (وثبوتا) اى من حيث الثبوت بشهادة الرجلين اوباقرار القاذف مرة لاالنساء وفي الفتح ويسئلهما القاضي عن القذف ماهو وعن خصوص ماقال ولابد من اتفاقهما على اللغة التي وقع القذف بها وعلى زمان القذف واوقال لي بينة حاضرة في المصر امهله القاضي الى آخر المجلس وحبسه عند الامام الى قيام القاضي عن مجلسه ولوشهدا عليه بزنا متقادم سقط الحد عن القاذف ولم يثبت الزنا (فمن قذف محصنا اومحصنة بصريح زنا) احترز عما يكون بطريق الكناية بان قال لرجل محصن يازاني فقال الاخر صدقت لايحد المصدق بخلاف مالوقال هو كماقلت وكذا لوقال اشهد انك زان فقال آخر وانا اشهد لاحد على الثاني ولوقال ببعير اوبثور اوبحمار او بفرس لاحد عليه بخلاف زنيت ببقرة اوبشاة او بثوب او بدراهم (حد) القاذف (بطلب المقذوف) المحصن استيفاء الحد سواء كان رجلا اوامرأة واشترط طلبه لان فيه حقه من حيث دفع العار عنه ولوكان المقذوف غائبا عن مجلس القاذف حال القذف كما في الدرر (متفرقا) لما مر (ولاينزع عنه) اى عن القاذف (غير الفرو والحشو) اى لايجرد كما يجرد في حد الزنا لان سببه غير مقطوع به فلايقام على الشدة الا انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم (واحصانه) اى المقذوف (كونه مكلفا) اى عاقلا بالغا فخرج الصبي والمجنون لانهما لايلحقهما العار (حرا) فخرج العبد ولومدبرا اومكاتبا اى ثبت حريته باقرار القاذف اوبالبينة بشهادة رجل وامرأتين اوبعلم القاضي ولايحلف القاذف ان المقذوف محصن (مسلما) فخرج الكافر (عفيفا عن الزنا) الشرعي لان غير العفيف لايلحقه العار ولو قيده ناطقا لكان اولى لان قذف الاخرس لايوجب الحد لان طلبه يكون بالاشارة ولعله لوكان ينطق لصدقه وهذا القدر كاف لدرء الحد فبهذا يندفع ماقيل من ان عندنا للاخرس لكل شيء اشارة مخصوصة معهودة منه فينبغي ان يحد اذا افهم طلبه باشارته المخصوصة تأمل ويشترط ايضا ان لايكون مجبوبا ولاخنثى مشكلا وان لاتكون المرأة رتقاء ولاخرساء اذالمجبوب والرتقاء لايحد قاذفهما لانهما لايلحقهما العار بذلك لظهور كذبه بيقين (ولونفاه عن ابيه بان قال لست لابيك اولست بابن فلان ان) نفاه عنه (في غضب) اى مشاتمة (حد ولا) اى وان لم يكن نفيه في غضب بل في حالة الرضاء (لا) اى لايحد والظاهر ان هذا قيد للصورتين كما في الدرر والغاية وغيرهما لكن صاحب الكافي وغيره من المعتبرين خصوا بالصورة الثانية فقالوا ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك يحد وهذا اذا كانت امه محصنة لانه قذف امه حقيقة لانه متى لم يكن من ابيه يكون من غير ابيه ضرورة واقتضاء ولانكاح لغير ابيه فكان في نفي نسبه من ابيه نسبة امه الى الزنا ضرورة وفي القهستاني انما حد به لانه صريح في القذف كيازانية فالتقييد لغو وان قال في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له حد وان قال في غير غضب لا لان هذا الكلام قذف حقيقة لانه نفي نسبه من ابيه ونفي نسبه من ابيه نسبة امه الى الزنا الا ان في غير حال الغضب قد يراد به المعاتبة اى انت لاتشبه اباك في المروءة والسخاوة فلايحد مع الاحتمال وفي حال الغضب يراد به حقيقة كلامه انتهى فبهذا علم ان المصنف ترك ما لابد منه وهو قوله وامه محصنة وخالف اكثر المعتبرات بتعميم الغضب في الصورتين لكن بقي فيه كلام وهو ان ارادة هذا المعنى في حال الغضب اظهر لان الاب كريم والابن بخيل مثلا فان كثيرا من الناس يقولون في حال الغضب تهكما لست يابن فلان فينبغي ان لايحد

مطلقا لكن في عامة الكتب يحد في حال الغضب تدبر وفي التبيين لوقال انك ابن فلان لغير ابيه يحد اذا كان في حال المشاتمة بخلاف ما اذا نفى الولادة عن ابويه بان قال لست بابن فلان ولا فلانة فانه لا يحد (ولا يحد او نفاه عن جده) بان قال لست بابن فلان وهو جده لانه صادق في نفيه (او نسبه اليه) اي الى جده لانه قد ينسب اليه مجازا (او) نسبه (الى عمه او خاله او رابه) بالتشديد اي زوج امه لان كلا منهم يسمى ابا مجازا (اوقال يا ابن ماء السماء) فان في ظاهره نفي كونه ابنا لابيه وليس المراد ذلك بل التشبيه في الجود والسماحة والصفاء (اوقال لعربي يا نبطي) فانه لا يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة النبط جيل من الناس بسواد العراق الواحد نبطي وفي الاصلاح وفيه نظر لان حالة الغضب تأبى عن قصد التشبيه فيما يوصف به في الاول كما تأبى عن القصد الى معنى الصعود في زنأت في الجبل انتهى لكن يمكن الجواب بانه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن ان يجعل المراد به في حالة الغضب التهكم به عليه (اولست بعربي) فانه لا يحد لما مر وفي المنح اوقال لست لاب اولست ولد حلال فهو قذف ولوقال يا زانية فقالت انت ازنى مني حد الرجل لانه قذفها وليست هي قاذفة لانه يحمل على انت اعلم مني بالزنا ولوقال لامرأة زنى بك زوجك قبل ان يتزوجك فهو قاذف ولوقال زنى فخذك او ظهرك فليس بقاذف (ويحد بقذف الميت المحصن) او الميت المحصنة (ان طالب به الوالد) او جده وان علا والتقييد بالوالد اتفاقي اذ الام كذلك (او الولد او ولده) او ولد ولده وان سفل والاولى ان يقول ان طالب به الاصول والفروع وان علوا او سفلوا لان العار يلحق بهم فيكون القذف متناولا لهم معنى وقال زفر مع وجود الوالد ليس لولد الولد ذلك (ولو) وصلية (محروما عن الارث) خلافا للشافعي مطلقا بناء على ان حد القذف يورث عنده فيثبت لكل وارث حق المطالبة وعندنا لا بل يثبت لمن يلحق به العار ولهذا يثبت للمحروم عن الارث بالكفر والرق وغيرهما خلافا لزفر (وكذا) اي يحد ان طالب به (ولد البنت خلافا لمحمد) في غير ظاهر الرواية لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنا ابي امه والمذهب الاول لان الشين يلحقه النسب ثابت من الطرفين كما في اكثر الكتب فعلى هذا ينبغي للمصنف ان يقول وفيه خلاف عن محمد تأمل (ولا يطالب ولد اباه ولا) يطالب (عبد سيده بقذف امه) المحصنة بالاجماع لانهما لا يعاقبان بسببهما والمراد بالولد الفرع وان سفل وبالاب الاصل وان علا ذكرا كان او انثى فلو كان لها ابن من غيره او اب ونحوه وليس بمملوك له فله ان يطالبه بالحد لوجود السبب وعدم المانع كما في التبيين (ويبطل) حد القذف (بموت المقذوف) سواء مات قبل الشروع في الحد او بعده وعند الائمة الثلاثة لا يبطل بناء على ان الارث يجري عندهم كحقوق العباد وعندنا لا لان حق الشرع غالب فيها فلا يجري الارث فيه (لا) يبطل (بالرجوع عن الاقرار) يعني من اقر بقذف ثم رجع لم يقبل لان للمقذوف حقا فيه فيكذبه في الرجوع بخلاف حدود هي خالص حق الله تعالى اذ لا مكذب له فيها (ولا يصح العفو) عن حد القذف (ولا الاعتياض عنه) اي اخذ العوض عن حد القذف لانهما لا يجريان في حق الشرع لانه غالب عندنا خلافا للشافعي ولو عفى المقذوف قبل القضاء بالحد لا يحد القاذف لا لصحة عفوه بل لترك طلبه حتى لو عاد وطلب يحد وفيه اشارة الى انه يشترط الدعوى في اقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم وفي البحر ويقيمه القاضي بعلمه في ايام قضائه وكذا لو قذفه بحضرته (ولوقال زنأت في الجبل وعنى الصعود) اي حال كونه قائلا اردت به الصعود (حد) عند الشيخين وفيه اشارة الى انه لو لم يعن الصعود يحد اتفاقا (خلافا لمحمد) فانه يقول لا يحد وهو قول الشافعي لانه نوى حقيقة لفظه لان زنأ بالهمزة يجيء بمعنى صعد وذكر الجبل يقرره مرادا وفي مستعمل بمعنى على ولهما ان ظاهر اللفظ دال على الفاحشة وهمزته يجوز ان تكون مقلوبة من الحرف اللين كما يلين المهموز ودلالة الحال داعية الى ارادة القذف وذكر الجبل انما يعين

الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو مستعمل فيه فلذا لو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد وقيل يحد وفي الغاية والمذهب عندي اذا كان هذا الكلام خرج على وجه الغضب والسباب يجب الحد والا فلا وقيد بالهمزة اذ لو كان بالياء وجب الحد اتفاقا وكذا لو اقتصر على قوله زنأت يحد اتفاقا كما في البحر (وان قال) رجل لآخر (يا زاني وعكس) عليه الآخر بان قال لا بل انت زان (حدا) اي القائلان لان كلا منهما قذف صاحبه بخلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث فقال انت تكافأ ولا يعزر كل منهما للآخر (ولو قال لامرأته وعكست حدت) المرأة (فقط ولا لعان) على الزوج لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد وفيه اشارة الى انه لو قال يا زانية بنت زانية فخاصمت الام اولا فحد الرجل سقط اللعان ولو خاصمت المرأة اولا فلاعن القاضي بينهما ثم الام يحد الرجل (ولو قالت) في جواب قوله لها يا زانية (زنيت بك) او معك (بطل الحد ايضا) اي كما بطل اللعان لوقوع الشك في كل منهما لاحتمال انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد لا اللعان واحتمال انها ارادت زناي هو الذي كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا يجب اللعان لا الحد لوجود القذف منه لا منها فجاء الشك هذا اذا اقتصرت على هذه ولو زادت قبل ان اتزوجك تحد المرأة وحدها وقيد بكونها امرأته لانه لو كان ذلك كله مع اجنبية لم يحد هو بل هي لانها صدقته ولو قالت في جوابه انت ازنى مني حد الرجل وحده (وان اقر) رجل (بولد ثم نفاه) اي نفى نسبه (يلاعن) لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيجب اللعان (وان عكس) اي نفاه ثم اقر به (حد) اي النافي لانه اكذب نفسه بعد ما نفاه (والولد له) اي ثبت نسبه للرجل (في الوجهين) لاقراره سابقا ولاحقا (ولا شيء) اي لا حد ولا لعان (ان قال) رجل (ليس بابني ولا ابنك) لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا (ولا حد بقذف امرأة لها ولد) سواء كان حيا او ميتا (لا يعلم له اب او لاعنت بولد) لقيام امارة الزنا وهي ولادة ولد لا اب له فلا يوجد العفة عن الزنا وفيه اشارة الى انه لا بد من بقاء اللعان حتى لو بطل باكذابه نفسه ثم قذفها رجل حد والى انه لا بد ان يقطع القاضي نسب الولد حتى لو جاءت بولد ولم يقطع القاضي النسب وجب الحد على قاذفها كما في البحر (بخلاف قذف (من لاعنت بغيره) اي الولد لانعدام امارة الزنا (ولا) حد (بقذف رجل وطئ حراما لعينه كوطئ امرأة في غير ملكه من كل وجه او من وجه كوطئ امة مشتركة) فان الوطئ في الصورتين حرام لعينه والاصل ان من وطئ وطأ حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لفوات العفة وشمل قوله في غير ملكه جارية ابنه والمنكوحة نكاحا فاسدا والامة المستحقة والمكره على الزنا والثابت حرمتها بالمصاهرة او تزوج محارمه ودخل بهن او جمع المحارم او تزوج امة على حرة (او وطئ (مملوكة حرمت ابدا كامته التي هي اخته رضاعا) هذا هو الصحيح لثبوت التضاد بين الحل والحرمة (ولا) حد (بقذف مسلم زنى في كفره) لتحقق الزنا منه شرعا لانعدام الملك والزنا حرام في جميع الاديان خلافا للائمة الثلاثة (او) بقذف (مكاتب وان) وصلية (كان مات عن وفاء) اي ترك مالا يفي ببدل الكتابة لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اختلفوا في موته حرا او عبدا فاورث شبهة وفيه اشارة الى ان المكاتب اذا مات عن غير وفاء لا حد بالطريق الاولى قال صاحب الفرائد لا وجه لادراج هذه المسئلة بين مسائل وطئ الحرام لعينه ووطئ الحرام لغيره لانها لا تعلق بهذه القاعدة انتهى وجه المناسبة معلوم لانه كما لا يحد بقذف رجل وطئ حراما لعينه لا يحد بقذف مكاتب تأمل (ويحد بقذف من وطئ حراما لغيره كوطئ امته المجوسية او) وطئ (امرأته وهي حائض) وكذا المظاهر منها والمحرمة باليمين والمعتدة عن غيره والاختين بملك اليمين والمشتراة شراء فاسدا

لان هذا الوطئ ليس بزنا فكان محصنا (وكذا) اى يحد بقذف (وطئ مكاتبته) عند الطرفين لانها ملكه وتحريمها عارض فهى كالحائض (خلافا لمحمد) وزفر لان ملكه زائل فى حق الوطئ بدلالة وجوب العقر عليه (ويحد من قذف مسلما كان قد نكح محرمه فى كفره) عند الامام (خلافا لهما) بناء على ان نكاح الكافر محرمه صحيح عنده خلافا لهما كما مر فى النكاح (ويحد مستأمن قذف مسلما فى دارنا) لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد (ويكفى حد) واحد (لجنايات اتحد جنسها) كما اذا زنى مرات متعددة فحد مرة يكون عن الجميع وفى المبسوط لو قذف جماعة فى كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة او كلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان يا عمرو وانت زان يا خالد انت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعى اذا قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم انتهى لكن الظاهر من سائر الكتب عدم التداخل مطلقا عند الشافعى تأمل (لا) يكفى حد واحد (ان اختلف) جنسها يعنى اذا زنى وقذف وشرب فانه يحد لكل واحد منها لعدم حصول المقصود بالبعض لاختلاف الاسباب لكن لا يتوالى بينهما خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبرأ من الاول

﴿ فصل فى التعزير ﴾

قال صاحب التنوير هو تأديب دون الحد وفى اللغة مطلق التأديب وقوله دون الحد من معناه الشرعى اى ادنى من الحد فى القدر وقوة الدليل فانه شرعا لا يختص بالضرب بل قد يكون به وقد يكون بالصفع وبعرك الاذن وبالكلام العنيف وبنظر القاضى اليه بوجه عبوس وشتم غير القذف وفى البحر ولا يكون التعزير باخذ المال من الجانى فى المذهب لكن فى الخلاصة سمعت عن ثقة ان التعزير باخذ المال ان رأى القاضى ذلك او الوالى جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال ولم يذكر كيفية الاخذ وارى ان يأخذه فيمسكه مدة للزجر ثم يعيده لا ان يأخذه لنفسه او لبيت المال فان آيس من توبته يصرفه الى ما يرى وفى النهاية التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وتعزير الاشراف والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضى وتعزير الاوساط وهم السوقية بالجر والحبس وتعزير الاراذل بهذا كله وبالضرب انتهى وظاهره انه ليس مفوضا الى رأى القاضى وانه ليس للقاضى التعزير بغير المناسب المستحق لكن مختار السرخسى انه ليس فيه تقدير بل هو مفوض الى رأى القاضى لان المقصود منه الزجر واحوال الناس مختلفة فتفوض الى رأى القاضى وفى التنوير ويكون التعزير بالقتل كمن وجد رجلا مع امرأة لا تحل له ان كان يعلم انه لا ينزجر بصياح وضرب بما دون السلاح والا لا وان كانت المرأة مطاوعة قتلهما ولو كان مع امرأته وهو يزنى بها او مع محرمه وهما مطاوعتان قتلهما جميعا مطلقا وعلى هذا المكابر بالظلم وقطاع الطريق وصاحب المكس وجميع الظلمة بادنى شئ قيمة ويقيمه كل مسلم حال مباشرة المعصية وبعدها ليس ذلك لغير الحاكم حتى لو عزره بعد الفراغ منها بغير اذن المحتسب فللمحتسب ان يعزر المعزر (يعزر من قذف مملوكا) عبدا وامة (او كافرا بالزنا) ولو صريحا مثل يا زانى وهو ليس بزان لانه جناية قذف وقد امتنع الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير ولهذا يبلغ فى التعزير غايته (او قذف مسلما) صالحا (يا فاسق) الا ان يكون معلوم الفسق فلا يعزر فان اراد القاذف اثبات الفسق مجردا من غير بيان سببه لا تسمع فان بين سببا شرعيا لا يطلب القاضى منه اقامة البينة بل يسأل المقول له عن الفرائض التى تفرض عليه معرفتها فان لم يعرفها ثبت فسقه فلا شئ على القائل له يا فاسق والتقييد بالمسلم اتفاقى لانه لو قذف مسلم ذميا يعزر لانه ارتكب معصية كما فى البحر (يا كافر) او يا يهودى واراد الشتم ولا يعتقده كفرا فانه يعزر ولا يكفر ولو اعتقد المخاطب كافرا كفر لانه اعتقد الاسلام كفرا وفى القنية او قال ليهودى او مجوسى يا كافر يأثم ان شق عليه وقال فى البحر ومقتضاه انه يعزر لارتكابه ما اوجب الاثم انتهى لكن فيه ما فيه تأمل (يا خبيث) ضد الطيب (يا لص) يا سارق

(يا فاجر) الا ان يكون لصا او فاجرا كما فى البحر (يا منافق يا لوطى) قيل ان اراد انه من قوم لوط لاشئ عليه وان اراد انه يعمل عملهم يعزر عند الامام ويحد عندهما والصحيح انه يعزر ان كان فى غضب وفى البحر او هزل من تعود الهزل والقبيح (يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربوا يا شارب الخمر) والحال انه ليس على ما وصفه به (يا ديوث) اى الذى لا غيرة له ممن يدخل على اهله (يا مخنث) هو الذى فى حركاته وسكناته خنوثة اى لين او الذى يفعل الفعل الردى (يا خائن) من الخيانة (يا ابن القحبة) وفى الاصل يقال القحبة فى العرف افحش من الزانية لان الزانية قد تفعل سرا وتأنف منه والقحبة من تجاهر به بالاجرة لانا نقول لذلك المعنى لم يجب الحد بذلك اللفظ فان الزنا بالاجرة يسقط الحد عنده خلافا لهما انتهى فعلى هذا يلزم ان يحد عندهما بهذا اللفظ مع ان الخلاف لم ينقل عنه بل الجواب ان الزنا صريح فى ابن الزانية بخلاف ابن القحبة فلهذا لم يحد فيه ويؤيده ما فى البحر من انه لو قال لمرأته يا قحبة يعزر بخلاف يا روسبى فانه يحد لانه صريح فى العرف بالزنا بخلاف قوله يا قحبة لانه كناية على الزانية لكن فى المضمرات التصريح بوجوب الحد فيه تأمل (يا ابن الفاجرة) فانها من يباشر كل معصية فلا يكون فى معنى الزانية فكذا يعزر بطلب الولد بقوله يا ابن الفاسق يا ابن الكافر والنصرانى وابوه ليس كذلك (يا زنديق) وهو الذى يبطن الكفر ويظهر الاسلام (يا قرطبان) وهو معرب قلتبان وفى التبيين هو الذى يرى مع امرأته او محرمه رجلا اجنبيا فيدعه خاليا بها ولذا كان افحش من الديوث وقيل هو السبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح وقيل هو الذى يبعث امرأته مع غلام بالغ او مع مزارعه الى الضيعة او يأذن فى الدخول عليها فى غيبته (يا مأوى الزوانى او يا مأوى) (اللصوص) او (يا حرامزاده) ومعناه الولد الحاصل من الوطئ الحرام وهو اعم من الزنا وفى المنح وغيره وفى العرف لا يراد الا ولد الزنا وكثيرا ما يراد به الخبيث اللئيم فلهذا لا يحد به انتهى لكن فى عرفنا يراد به رجل يعلم الحيل فى اكثر الامور فعلى هذا لا يلزم شئ تدبر ومن الالفاظ الموجبة للتعزير يا رستاقى يا ابن الاسود يا سفيه يا احمق كما فى البحر وانما عزر فيها لانه اذاه بما والحق الشين به فلهذا يعزر كل مرتكب منكرا ومؤذى مسلم بغير حق بقول او فعل ولو بغمز العين وفى الخانية ان كان المدعى عليه ذا مروة وكان اول ما فعل يوعظ استحسانا ولا يعزر فان عاد وتكرر منه روى عن الامام انه يضرب وتمامه فى الفتح (لا) يعزر (بيا حمار يا كلب يا قرد يا تيس يا خنزير يا بقر يا حية) يا ذئب (يا حجام يا ابن حجام وابوه ليس كذلك) فانه لا يعزر وان كان ابوه حجاما فعدم التعزير بالاولى (يا بغا) بالتشديد قيل هذا من شتم العوام يتفوهون به ولا يعرفون معناه انتهى وليس له وجه اسم لذكر البقر وهو عبارة عن الواطئ الذى لشدة شبقه لا يفرق بين الحلال والحرام ولا بين الحسن والقبيح وفى شرح المسكين البغا الذى يعلم بفجورها ويرضى فبهذا ينبغى ان يجب التعزير لانه الحق الشين به تأمل (يا مواجر) فانه يستعمل فيمن يواجر اهله للزنا لكنه ليس معناه الحقيقى المتعارف بل بمعنى الموجر (يا ولد الحرام) وفى البحر فينبغى التعزير به لانه فى العرف بمعنى يا ولد الزنا فعلى هذا لا فرق بينه وبين يا حرامزاده ولا وجه لذكره تدبر (يا عيار) هو الذى يتردد بغير عمل (يا ناكس يا منكوس) على وزن فاعل ومفعول قال اخى چلبى ناكس لفظ عجمى والنون فى اوله للنفى والكاف منه مفتوح وكس بمعنى الآدمى (يا سخرة يا ضحكة) بوزن الصفرة من يضحك عليه الناس وبوزن الهمزة من يضحك على الناس (يا كشحان) قيل الكاشح المتباعد عن مودة صاحبه من قولهم كشح القوم اذا ذهبوا عنه فلا اشكال انه ليس بمعنى القرطبان وقيل الذى يسمع رجل بعديده الى امرأته ولا يبالى فعلى هذا انه بمعنى القرطبان والديوث فيجب التعزير (يا ابله يا موسوس) ونحوه وفى الاصلاح والضابط فى هذا انه ان نسبه الى فعل اختيارى يحرم فى الشرع ويعد عارا فى العرف يجب التعزير والا لا فخرج بالقيد الاول النسبة الى الامور الخلقية فلا يعزر فى يا حمار ونحوه فان معناه الحقيقى غير مراد بل معناه المجازى

لايضربه وان كان مجهول الحال يحبس حتى يكشف امره قيل يحبس شهرا وقيل يحبس مدة
اجتهاد ولى الامر مرة عند الطرفين وعند ابى يوسف وزفر مرتين (اوشهد) على البناء للمفعول
(عليه) انه سرق هذا تصريح بما علم ضمنا فحذفه اولى للاختصار كما قيل لكن المصنف صرحه لانه
توطئة لقوله (وسألهما) اى الشاهدين (الامام) او القاضى (عن السرقة ماهى) اى السرقة احتراز
عن نحو الغصب والسرقة الكبرى (وكيف هى) لجواز انه ادخل يده فى الدار واخرج او ناوله آخر
من خارج (واين هى) لجواز ان يسرق من غير حرز اوفى دار الحرب او البغى (وكم هى) والضمير
ترجع الى السرقة والمراد المسروق فيسأل الامام ليعلم ان المسروق كان نصابا اولا (وممن سرق)
لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم او احد الزوجين لايقال ان هذا مستغنى عنه لان
المسروق منه حاضر والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة الى السؤال عن ذلك لانه يحتمل ان
لايكون المسروق منه حاضرا ويكون المدعى غيره تأمل (وبيناها) اى بين الشاهدان تلك الاشياء
المسؤل عنها (قطع) جواب ان اى قطع السارق يده سواء كان مقرا اوغيره جزاء لكسبه ويحبسه
الى ان يسئل عن الشهود للتهمة ثم يحكم بالقطع وفى البحر واما المقر فيسأل عن جميع ماذكرنا الا عن
السؤال عن الزمان وفى الفتح ولا يسأل المقر عن المكان وهو مشكل للاحتمال المذكور وصح رجوعه
عن اقراره بالسرقة حتى لو اقر بالسرقة جماعة ثم رجع واحد سقط الحد عن الجميع ولكن يضمنون
المال وفى الذخيرة واذا اقر بالسرقة ثم هرب فان كان فى فوره لايتبع بخلاف ما اذا شهد الشهود عليه
بالسرقة ثم هرب فانه يتبع وفى التنوير ولا قطع بنكول واقرار مولى على عبده بها وان لزم المال ولو قضى
بالقطع ببينة او اقرار فقال المسروق منه هذا متاعه لم يسرقه منى او قال شهد شهودى بزور او اقر
هو بباطل او ما اشبه ذلك فلا قطع كما لو شهد كافران على كافر ومسلم بها فى حقهما (وان كانوا)
اى السراق (جمعا) اى مما فوق الواحد (واصاب كلا منهم قدر نصابها) اى نصاب
السرقة وهو عشرة دراهم مضروبة (قطعوا) اى قطع الامام يد كلهم (وان) وصلية
(تولى الاخذ بعضهم) لوجود الاخذ من الكل معنى فانهم معاونون فلو امتنع الحد بمثله لامتنع
القطع فى اكثر السراق كما فى اكثر المعتبرات لكن يشكل بما قالوا انه يجب الاحتياط فى الدرء
فينبغى ان لايقطع غير الاخذ كما هو قول زفر الا ان يقال ان هذه المسئلة وضعت فى دخولهم الحرز
كلهم بخلاف مسئلة دخول واحد البيت وناول من هو خارج تدبر وفيه اشارة الى انه لو اصاب كلا
اقل من ذلك لم يقطع والى انه لو سرق واحد من عشرة من كل واحد منهم درهما من حرز واحد قطع
لكمال النصاب فى حق السارق واطلاقه شامل بما اذا كانوا خرجوا من الحرز او بعده فى فوره او خرج
هو بعدهم فى فورهم لانه بذلك يحصل التعاون (ويقطع بسرقة الساج) ضرب من الشجر
لاينبت الا ببلاد الهند (والابنوس) بمد الهمزة وفتح الباء معروف (والصندل) والعود والعنبر
والمسك والادهان والورس والزعفران (والفصوص) بضم الفاء فص الخاتم (الخضر) جمع
اخضر والتقييد بها اتفاقى (والياقوت والزبرجد) واللؤلؤ واللعل والفيروزج (والاناء والباب
المتخذين من الخشب) لان الصنعة فيها غلبت على الاصول والتحقت بالاموال النفيسة هذا اذا كان
الباب فى الحرز وكان خفيفا لايثقل على الواحد حتى لو كان متعلقا بالجدار لايقطع وكذا بكل ماهو
من اعز الاموال وانفسها ولايوجد فى دار العدل مباحة الاصل غير مرغوب فيها كما فى الدرر
(لا) يقطع (بسرقة شىء تافه) اى حقير خسيس فى اعين الناس (يوجد مباحا فى دارنا كخشب)
اى لم تدخله صنعة تغلب عليه كالحصير الخسيسة حتى لو غلبت الصنعة كالحصير البغدادية
والمصرية والجرجانية يقطع فيها (وحشيش) مملوك فلا قطع بالكلاء الرطب بالطريق الاولى
واختلف فى القطع باخذ الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه فى الدكاكين كما

فى البحر (وقصب وسمك) سواء كان طريا اومالحا (وطير) مطلقا حتى البط والدجاج والحمام لكن استثنى فى الظهيرية من الطير الدجاج (وزرنيخ) ونظر بعضهم فقال ينبغى ان يقطع باخذ الزرنيخ لانه يصان فى الدكاكين كما فى البحر (ومغرة) بالفتحات الطين الاحمر وكذا زجاج على الظاهر لانه يسرع اليه الكسر (ونورة) وعند الائمة الثلثة وهو رواية عن ابى يوسف يقطع لكل مال او بلغ قيمة المأخوذ نصابا الا فى التراب والسرقين والاشربة المطربة لانه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه (ولا) يقطع ايضا (بما يسرع فساده كلبن ولحم) ولو كان قديدا وما هو مهيأ للاكل كالخبز بخلاف مالم يكن مهيأ للاكل كالحنطة والسكر فانه يقطع فيه اجماعا هذا فى غير سنة القحط واما فيها فلا قطع فى الطعام مطلقا لانه سرق عن ضرورة وجوع كما فى الشمنى (وفاكهة رطبة) فدخل فيها العنب والرطب على المختار بخلاف الزبيب والتمر وذكر الاسبيجابى انه لابد ان يكون المسروق يبقى من حول الى حول فلا قطع بما لا يبقى وما فى التبيين وغيره من انه يقطع بالعسل والخل اجماعا فيه كلام لان الناطفى نقل عن المجرد عدم القطع فى الخل عند الامام لانه قد صار خمرا مرة فحينئذ لا اجماع تأمل (وبطيخ) اى لا يقطع بسرقة بطيخ (ولا يفسد بسرعة منه والاما يفسد منه فداخل فى الفاكهة الرطبة كما فى القهستانى فبهذا اندفع ماقيل من انه لا حاجة اليه لدخوله فى الفاكهة تأمل (وكذا ثمر) اى لا بفاكهة يابسة (على شجر) كالجوز واللوز لعدم الاحراز وانما قيد بالشجر لانه لو كان فى الحرز قطع كما فى القهستانى نقلا عن المضمرات فمن لم يتفطن على هذا قال كان هذا معلوما من قوله وفاكهة رطبة لكن اعاده تمهيدا لقوله وزرع لم يحصد تأمل (وزرع لم يحصد) وان كان له حائط او حافظ لعدم الاحراز الكامل وفيه اشارة بانه لو حصد ووضع فى الحظيرة قطع لانه صار محرزا (ولا) يقطع (بما يتأول فيه الانكار) يعنى يقول اخذته لنهى المنكر (كاشربة مطربة) اى مسكرة قال العينى او غير مطربة لانه ان كان حلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء فى تقومها اختلاف فلم يكن فى معنى ماورد به النص لان هذا مال متقوم اجماعا (وآلات لهو كدف وطبل) ولا فرق بين الطبل للغزاة وغيره على الاصح ولان صلاحيته للهو صارت شبهة (وبربط ومزمار وطنبور) لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها عند الامام وان ضمنها لغير اللهو الا انه يتأول اخذه للنهى عن المنكر (وصليب ذهب او فضة وشطرنج ونرد) لانه يتبادر من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذى عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا يثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابى يوسف اذا كان الصليب فى مصلاهم لا يقطع لعدم الحرز وان كان فى البيت يقطع لوجود النصاب والحرز وجوابه ما ذكرنا من تأويل الاباحة وهو عام لا يخص غير الحرز وهو المسقط (ولا) يقطع (بسرقة باب مسجد) مطلقا لعدم الاحراز لكن يجب ان يعزر ويبالغ فيه ان اعتاد ويحبس حتى يتوب وفى البحر لا قطع فى سرقة حصيره وقناديله وكذا استار الكعبة وان كانت محرزة لعدم المالك (وكتب علم ومصحف) لان اخذهما يتأول القراءة فيه او النظر لازالة الاشكال (وصبى حر ولو) كان (عليهما) اى على الصبى والمصحف (حلية) من الذهب والفضة قدر النصاب وهذا عند الطرفين لان الكاغد والجلد والحلية تبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية فوق النصاب ومثله الصبى الحر وعليه حلى لانه ليس بمال وما عليه تبع له (خلافا لابى يوسف) فقطع اذا بلغ الحلية نصابا لان سرقته تمت فى نصاب كامل والخلاف فى صبى لا يمشى ولا يتكلم حتى لا يكون فى يد نفسه والا لا يقطع اتفاقا وفى اكثر المعتبرات لو سرق اناء ذهب فيه نبيذ او ثريد او كلبا عليه قلادة فضة لا يقطع على المذهب الا فى رواية عن ابى يوسف فعلى هذا ينبغى للمصنف ان يقول وعن ابى يوسف لانه يشعر ما فى المختصر انه ظاهر مذهبه وليس كذلك تدبر (و) لا يقطع بسرقة (عبد كبير) وصغير يعقل لانه غصب وخداع

وفى اطلاقه شامل للنائم والمجنون والاعمى (ودفتر) المراد من الدفتر صحيفة فيها كتابة من مصحف
اوتفسير اوحديث اوفقه اوعربية اوغيرها كما فى اكثر الكتب فعلى هذا لواقتصر على قوله ودفتر
لاستغنى عن قوله وكتب علم تدبر (بخلاف) سرقة (العبد الصغير) اى لايعبر عن نفسه ولايتكلم ولايعقل
خلافا لابى يوسف كما فى الكبير (ودفتر الحساب) لان مافيه لايقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد
وفى البحر واما الدفاتر التى فى الديوان المعمول بها فالمقصود علم مافيها فلا قطع واما دفتر علم الحساب
والهندسة فهو كغيره فلا قطع بسرقته لانها كالكتب وعند الائمة الثلثة يقطع فى كل الدفاتر بلا فرق
اذا بلغت قيمتها نصابا (ولا) يقطع (بسرقة كلب) ونمر (وفهد) لانه مباح الاصل (ولا)
يقطع (بخيانة) وهى الاخذ مما فى يده على وجه الامانة لقصور الحرز (ونهب) اى غارة المال لانه
اخذ علانية (واختلاس) وهو ان يأخذ من اليد بسرعة جهرا (وكذا نبش) اى لايقطع باخذ
الكفن عن ميت فى قبر سواء كان الكفن مسنونا اوزائدا او اقل ولو كان القبر الذى نبشه
اوسرق منه فى بيت مقفل على الصحيح لاختلال الحرز وكذا لوسرق من القبر غير الكفن اوسرق
من ذلك البيت مالا آخر لوجود الاذن بالدخول عادة وكذا لوسرق الكفن من تابوت فى القافلة
وفيه الميت لان الشبهة تمكنت فى الملك لانه لاملك للميت حقيقة ولاللورثة لتقدم حاجة الميت
وهذا عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) اى فيقطع بالكفن المسنون او اقل ولو كان القبر فى
الصحراء لقوله عليه الصلوة والسلام من نبش قطعناه وهو مذهب الائمة الثلثة ولهما قوله عليه
الصلوة والسلام لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل المدينة ومارواه غير مرفوع اوهو
محمول على السياسة لمن اعتاده فيقطعه الامام سياسة لاحدا (ولا) يقطع (بسرقة مال عامة)
كان بيت المال (او) مال (مشترك) لان للسارق فيه حقا فاورث شبهة (اومثل دينه) من جنسه
واوحكما (اوازيد) على دينه لصيرورته شريكا بمقدار حقه وعند الائمة الثلثة يقطع فى الزائد (حالا
كان اومؤجلا) لان الحق ثابت والتأجيل لتأخير المطالبة والقياس ان يقطع فى المؤجل لانه لايباح له
اخذه قبل الاجل (وان كان دينه) من خلاف جنس حقه بان كان (نقدا فسرق عرضا قطع)
لانه ليس باستيفاء وانما هو استبدال فلا يتم الا بالتراضى ولم يوجد وكذا لوسرق حليا من فضة ودينه
دراهم الا ان يقول اخذته رهنا بدينى فلا قطع (خلافا لابى يوسف) وفى الهداية وغيره وعن
ابى يوسف انه لايقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه اورهنا بحقه قلنا هذا قول
لايستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لوادعى ذلك درئ عنه الحد لانه
ظن فى موضع الخلاف انتهى فعلى هذا ينبغى للمصنف ان يعبر بعين كلامه تحقيقه آنفا (وان كان)
دينه (دنانير فسرق دراهم اوبالعكس لايقطع) وكذا لوسرق من جنس حقه اجود واردى
لان النقدين جنس واحد حكما وهذا هو الصحيح (وقيل يقطع) لانه ليس له حق الاخذ (ولا
قطع فيه) مرة (ولم يتغير) اى اذا سرق مالا فقطع فرده الى مالكه ثم سرقه ثانيا والحال انه
لم يتغير المسروق عن حالته الاولى حقيقة فانه لايقطع استحسانا والقياس ان يقطع وهو رواية
عن ابى يوسف وهو قول الائمة الثلثة ودليل الطرفين مبين فى المطولات (وان كان) المسروق
(قد تغير) عند اخذه ثانيا (قطع ثانيا) فيه اشارة الى انه لوباعه مالكه بعد الرد ثم سرقه قطع لانه يتغير
حكما عند مشايخنا وعند مشايخ العراق لايقطع (كغزل نسج) اى لوسرق الغزل فقطع ورد ثم نسج
فعاد وسرق ثانيا لانه صار بالتغير كعين اخرى حتى تبدل اسمه ويملكه الغاصب به وكذا فى كل عين
فرد على المالك فاحدث فيه صنعة او احدثه الغاصب فى المغصوب انقطع حق المالك كما فى
القهستانى وفى الفتح لوسرق ذهبا اوفضة وقطع به ورد فجعله المسروق منه آنية اوكانت آنية
فضرب بها دراهم ثم عاد فسرقه لايقطع عند الامام خلافا لهما

﴿ فصل فى الحرز ﴾

(هو) اي الحرز (قسمان) حرز (بمكان) وهو المكان المعد لاحراز الامتعة (كبيت ولو بلا باب او بابه مفتوح) لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لبقاء يده قبله وفي التبيين ولو كان باب الدار مفتوحا في النهار فسرق لا يقطع لانه مكابرة وليس بسرقة ولو كان في الليل بعد انقطاع انتشار الناس قطع (وكصندوق) وغيره كما ذكرناه (وبحافظ كمن هو عند ماله ولو) وصلية (نائما) لانه قد قطع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يد من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ان ما في القهستاني من انه لا قطع باخذ المال من نائم اذا جعله تحت رأسه او جنبه اما اذا وضع بين يديه ثم نام ففيه خلاف ضعيف لانه يقطع بكل حال على الصحيح لان المعتبر الاحراز المعتاد وقد حصل بهذا فان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا له الا يرى ان المودع والمستعير لا يضمن مثله وهما يضمنان بالتضييع وما لا يكون محرزا يكون مضيعا وفي البحر لا قطع في المواشي في المرعى وان كان معها الراعي وان كان معها سوى الراعي من يحفظها يجب القطع وكثير من المشايخ افتوا بهذا (وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الحافظ) فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول فيه لكن مالكه يحفظه لا يقطع لان المكان يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختفيا به والاختفاء لا يوجد في الحافظ فكان ذلك اصلا وهذا فرعا فلا اعتبار للفرع مع وجود الاصل (ولا قطع بسرقة مال من بينهما قرابة ولاد) بالاجماع لجريان الانبساط بينهم بالانتفاع في المال والدخول في الحرز (ولا بسرقة من بيت ذي رحم محرم) منه كالاخوين والعمين (ولو) وصلية (مال غيره) لانه مأذون شرعا في دخول حرزهم خلافا للائمة الثلاثة (ويقطع بسرقة ماله) اي مال ذي الرحم المحرم (من بيت غيره) اي بيت الاجنبي لوجود الحرز وفي التبيين وينبغي ان لا يقطع في الولاد لما ذكرنا من الشبهة في ماله (وكذا) يقطع (بسرقة من بيت محرم رضاعا) لعدم القرابة وما في التبيين من انه لا حاجة الى ذكره لانه لم يدخل في ذي الرحم المحرم ليس بوارد لانه محل الخلاف ولهذا قال (خلافا لابي يوسف في الام) وفي اكثر المعتبرات وعن ابي يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها بلا استئذان عادة بخلاف اخته رضاعا ووجهه ظاهر لانه لا تأثير للمحرمية في منع القطع بلا قرابة كالمحرمية بالزنا او بالتقبيل عن شهوة والرضاع لا يشتهر عادة فلا يسقطه انتهى فعلى هذا ينبغي للمصنف ان يعبر بعن كما مر مرارا (ولا قطع بسرقة مال زوجته او زوجها) لانبساط بينهما في الاموال عادة (ولو من حرز خاص) يعني لو سرق احد الزوجين في حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه خلافا للائمة الثلاثة وفيه ايماء الى انه لو اخذ من بيتهما او بالعكس ثم طلقها وعند المرافعة تقضت عدتها لم يقطع واحد منهما لان اصله غير موجب للقطع وكذا لو اخذ من امرأته المبتوتة في العدة او اخذت هي منه في العدة وكذا لو اخذ اجنبي من اجنبية او بالعكس ثم تزوجها قبل القضاء بالقطع لم يقطع لان الزوجية مانعة وكذا بعد القضاء في ظاهر الرواية (وكذا) لا يقطع (لو سرق) عبد (من سيده) وسيدته (او زوجة سيده او زوج سيدته) لوجود الاذن بالدخول عادة (او) سرق رجل من (مكاتبه) لان له من اكسابه حقا وكذا لو سرق المكاتب من سيده (او) سرق رجل من (ختنه) بفتحتين هو زوج كل ذي رحم محرم منه (او صهره) بكسر الصاد والسكون هو زوج كل ذي رحم محرم من امرأته وهذا عند الامام (خلافا لهما) وللائمة الثلاثة (فيهما) لعدم الشبهة في المال والحرز وله ان بين الاختان والاصهار مباسطة في دخول بعضهم منازل البعض بلا استئذان فتمكنت الشبهة في الحرز (او) سرق (من مغنم) لان له فيه نصيبا ولا يخفى ان الاخذ ان كان من العسكر فالمغنم داخل في مال الشركة والا ففي مال العامة كما في القهستاني (او) سرق من (حمام نهارا او ان) وصلية (كان رب) اي صاحبه (عنده) المراد وقت اذن بالدخول فيه حتى لو اذن بالدخول ليلا لا يقطع سواء كان له حافظ ام لا لانه اختل الحرز بالاذن ولذا يقطع اذا سرق منه في وقت لم يؤذن فيه بالدخول وعن الامام انه اذا سرق ثوبا من تحت رجل في الحمام يقطع (او) سرق

(من بيت اذن فى دخوله) ويدخل فى ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منه ليلا فيقطع الا اذا اعتيد الدخول فيه بعض الليل هذا فى المفتوحة وفى المغلقة يقطع مطلقا فى الاصح وفيه اشارة الى انه لو اذن بجماعة مخصوصين بالدخول فدخل واحد غيرهم وسرق فانه يقطع كما فى البحر وفى التنوير وكل ما كان حرزا لنوع فهو حرز للانواع كلها على المذهب (او) سرق الضيف من (مضيفه) اطلقه فشمل ما اذا سرق من البيت الذى اضافه فيه او من غيره من تلك الدار التى اذن له فى دخولها وهو مقفل او فى صندوق مقفل لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد فبالاذن فى الدار اختل الحرز فيكون فعله خيانة لا سرقة وعند الائمة الثلثة من موضع انزل فيه لا يقطع وفى غيره يقطع (وقطع لو سرق من الحمام ليلا) هذا ليس على الاطلاق حتى لو اذن بالدخول ليلا لا يقطع كما قررناه آنفا (او من المسجد متاعا وربه) اى صاحبه (عنده) وقد مر تحقيقه فى اول الفصل (او ادخل يده فى صندوق غيره او كمه او جيبه) اما الصندوق فحرز بنفسه واما الكم والجيب فحرز بالحافظ فيقطع اذا اخذ قدر النصاب (او سرق جوالقا) بضم الجيم (فيه متاع وربه) اى صاحبه (يحفظه او نائم عليه) اى على الجوالق لان الجلوس عنده والنوم عليه او بقربه منه حفظ له عادة فيقطع (او سرق الموجر من البيت المستأجر) على صيغة اسم المفعول فانه يقطع عند الامام (خلافا لهما) اى لا يقطع لو سرق الموجر مال المستأجر من البيت المستأجر عندهما قيد بالموجر لانه لو سرق المستأجر من الموجر فى بيت آخر يقطع اتفاقا (ولو سرق شيئا ولم يخرجه من الدار لا يقطع) لان يد المالك قائمة حينئذ فلا يتحقق الاخذ قيد بالسرقة لانه يجب الضمان على الغاصب بمجرد الاخذ وان لم يخرجه من الدار على الصحيح وهذا اذا كانت الدار صغيرة بحيث لا يستغنى اهل البيوت عن الانتفاع بصحن الدار (بخلاف ما لو اخرجه من حجرة الى) صحن (الدار) يعنى لو كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير اى حجر ومنازل وفى كل مقصورة مكان يستغنى به اهله عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكة فيكون اخراجه كاخراجه الى السكة لان كل مقصور باعتبار ساكنها حرز على حدة فيقطع باخراجه الى صحنها (او سرق بعض اهل حجر) جمع حجرة (دار من حجرة اخرى فيها) اى فى الدار بان كانت كبيرة فيها حجرات يسكن فى كل منها انسان لا تعلق له بالحجرة التى يسكن فيها غيره لا كالدار التى صاحبها واحد وبيوتها مشغولة بمتاعه وخدامه وبينهم انبساط كما فى شرح الوقاية فعلى هذا ما فى الكافى من انه وفى الدار المشتملة على البيوت اذا كان وكل بيت ساكن لا يقطع محمول على هذا والا فظاهره مخالف تدبر (او اخذ شيئا من حرز فالقاه فى الطريق ثم خرج فاخذه) يقطع عندنا وقال زفر لا يقطع فيه لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ ولنا ان الرمى حيلة يعتادها السراق ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا بخلاف ما تركه لانه مضيع لا سارق وعند الشافعى يقطع مطلقا (او حمله على حمار وساقه فاخرجه) اى الحمار (من الحرز) لان سيره مضاف اليه بسوقه قيد بالسوق لانه لو لم يسقه وخرج بنفسه لم يقطع والمراد متسببا فى اخراجه فشمل ما لو القاه فى نهر فى الدار وكان الماء ضعيفا واخرجه بتحريك السارق لان الاخراج يضاف اليه وان اخرجه الماء بقوة جريه لم يقطع وقيل يقطع وهو الاصح لانه اخرجه بسببه (ولو دخل بيتا فاخذ) شيئا (وناول) اى اعطى (من هو خارج من البيت (لا يقطعان) لان القطع يجب بهتك الحرز والاخراج ولم يوجد ذلك منهما (وكذا) لا يقطعان (او ادخل الخارج يده فتناول) اى اخذه من الداخل (وقال ابو يوسف يقطع الداخل) فقط (فى) الصورة (الاولى ويقطعان فى) الصورة (الثانية) وفى الكافى وعن ابى يوسف ان كان الخارج ادخل يده حتى ناوله الاخر المتاع فالقطع عليهما وان كان الداخل اخرج يده مع المتاع حتى اخذ منه الخارج يقطع الداخل لا الخارج لان الداخل تم منه هتك الحرز فصار المال مخرجا

بفعله اومعاونته فيقطع بكل حال فاما الخارج ان ادخل يده فقط وجد منه اخراج المال من الحرز فيقطع وان لم يدخل يده ولكن الاخر اخرج يده اليه فاما ان اخذ متاعا هو غير محرز فلا يقطع انتهى لكن بقيت ههنا صورة اخرى وهى ان يدخل احدهما فى البيت ويأخذ شيئا ثم يناوله من فى الخارج من غير ان يخرج يده من البيت ومن غير ان يدخل الخارج يده فيه ايقطعان اواحدهما عنده ام لافعلى هذا ان عبارة المصنف غير وافية فلابد من التفصيل وان يعبر بعن تدبر (وكذا لايقطع او نقب بيتا وادخل يده فيه واخذ شيئا) لانه لم يهتك الحرز وهو الصحيح وعن ابى يوسف فى الاملاء يقطع لانه اخذ من الحرز (اوطر) اى شق (صرة خارجة من كم غيره خلافا له) اى لابى يوسف فانه يقطع عنده فى المسئلتين (وان حلها) اى الصرة (واخذ من داخل الكم قطع اتفاقا) هذا مجمل وتفصيله وان طر صرة خارجة من الكم واخذ الدراهم لم يقطع وان ادخل يده فى الكم وطرها واخذها قطع لان الرباط فى الوجه الاول من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز والرباط فى الوجه الثانى من داخل فبالطر يتحقق هتك الحرز باخراج المال من الكم ولو حل الرباط يقطع فى الوجه الاول لان الدراهم تبقى فى الكم بعد حل الرباط فيتحقق هتك الحرز بالاخراج منه وفى الوجه الثانى لايقطع لانه اذا حل الرباط تبقى الدراهم خارجة من الكم فلم يوجد اخراج المال من الحرز وانما اخذه من خارج الكم فلا يقطع وعن ابى يوسف انه يقطع فى الوجوه كلها لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا المرء يعد ماله محفوظا بكمه او جيبه وقصده قطع المسافة ان كان ماشيا او الاستراحة ان كان جالسا لا حفظ ماله ولا يعتبر فى الحرز ما ليس بمقصود كما فى الكافى وغيره فعلى هذا ينبغى للمصنف التفصيل و يعبر بعن مكان قوله خلافا كما مر مرارا تأمل (ولو سرق من قطار) بالكسر اى من الابل المقطورة المقرب بعضها الى بعض على نسق واحد (جملا) اى بعيرا لان الجمل يختص بالذكر من الابل فلا وجه للتخصيص فلهذا فسرنا ببعير تدبر (او حملا) بالحاء المكسورة اى جوالقا مملوا من المتاع واقعا على ظهر دابة وان لم يكن من قطار (لايقطع) وان وجد السائق او القائد او الراكب لان كلا منهم قاطع مسافة او ناقل متاع لا حافظ قال فى الفتح حتى لو كان مع الاجمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وعند الائمة الثلثة يقطع فيهما (وان شق الحمل واخذ منه شيئا قطع) لان الجوالق حرز (والفسطاط كالبيت) فى جميع ما ذكر وفى الفتح ولو سرق نفس الفسطاط لايقطع لعدم احرازه الا اذا كان الفسطاط غير منصوب وانما هو ملفوف عند من يحفظه او فى فسطاط آخر فانه يقطع وفى التنوير قال انا سارق هذا الثوب قطع ان اضاف لكونه اقرارا بالسرقة وان نونه لايقطع لكونه عدة لا اقرارا

﴿فصل فى كيفية القطع واثباته﴾

ولو ترك قوله واثباته لكان اخصر لانه لم يذكر فى هذا الفصل بل ذكر فى اول الكتاب فذكره هنا مستدرك تدبر (يقطع يمين السارق) اما القطع فبالنص واما اليمين فبقراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنهما فاقطعوا ايمانهما وهى مشهورة فجاز التقييد بها وهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل وقد قطع عليه الصلوة والسلام اليمين والصحابة رضى الله تعالى عنهم (من زنده) لانه المتوارث ومثله لايطلب له سند بخصوصه كالتواتر ولايبالى فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم او ضعفهم كما فى البحر (وتحسم) اى تغمس فى الدهن المغلى وجوبا لان الدم لاينقطع الا به والحد زاجر لا متلف ولهذا لايقطع فى الحر والبرد الشديدين و يحبس حتى يتوسط الامر فى ذلك واجر الدهن على السارق كاجر الحداد ومقيم الحد (و) تقطع (رجله اليسرى) من الكعب وتحسم (ان عاد) الى السرقة وهذا كله اذا كانت اليد اليمنى موجودة وان كانت ذاهبة او مقطوعة قطع الرجل اليسرى اولا وان كانت رجله اليسرى مقطوعة فلا قطع عليه (فان سرق ثالثا) او رابعا (لايقطع) اليد اليسرى ولا الرجل اليمنى عندنا (بل يحبس حتى يتوب)

وهذا استحسان و يعزر ايضا ذكره بعض المشايخ ومدة التوبة مفوضة الى رأى الامام وقيل الى
ان يظهر سيماء الصالحين فى وجهه وللامام ان يقتله سياسة لسعيه فى الارض بالفساد وعند الشافعى
يقطع فى الثالث يده اليسرى وفى الرابع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام ومن سرق فاقطعوه
فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ولنا الاجماع لان عليا رضى الله تعالى عنه
قال انى لاستحيى ان لا ادع له يدا يبطش بها ورجلا يمشى عليها وبهذا حاج بقية الصحابة فحجهم
اى غلبهم فانعقد اجماعا ولم يحتج عليه احد بهذا الحديث فبان انه لا اصل له اذ لو ثبت لبلغهم
ولو بلغهم لاحتجوا به او يحمل على السياسة او النسخ (وطلب المسروق منه شرط القطع)
لان الخصومة شرط لظهورها حتى لا يقطع وهو غائب وكذا اذا غاب عند القطع لاحتمال ان يهبه
المسروق هذا اذا اختار المالك القطع وان قال انا اضمنه لم يقطع عندنا كما فى شرح المجمع (ولو) كان
المسروق منه (مودعا او غاصبا او صاحب الربا او مستعيرا او مستأجرا او مضاربا او مستبضعا او قابضا
على سوم الشراء) او بعقد فاسد (او مرتهنا) وكل من له يد حافظة سوى المالك كالاب والوصى
والوكيل ومتولى الوقف لان ولاية الاسترداد لهم وقال زفر والشافعى لا يقطع بخصومة هؤلاء
ما لم يحضر المالك لان المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة (و يقطع ايضا بطلب المالك فى السرقة
من هؤلاء) اى المودع او الغاصب الخ الى ان الراهن انما يقطع بخصومة حال قيام الرهن قبل قضاء
الدين او بعده كما فى الزاهدى وفى الفتح والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين لانه لا حق له
فى المطالبة بالعين بدون القضاء فليس له ان يخاصم فى ردها تأمل (لا) يقطع (بطلب السارق
او المالك لو سرقت من السارق بعد القطع) يعنى اذا سرق رجل شيئا فقطع به و بقى المسروق
فى يده وسرقه من السارق آخر لا يقطع الثانى لان المال غير متقوم فى حق السارق حتى لا يجب
عليه الضمان بالهلاك ولم ينعقد موجبه للقطع اذا رد واجب عليه وللاول ولاية الخصومة فى
الاسترداد لحاجته والوجه انه اذا ظهر هذا الحال للقاضى لا يرده الى الاول ولا الى الثانى اذا رده لظهور
خيانة كل منهم بل يرده من يد الثانى الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ اموال الغيب
كما فى الفتح (بخلاف ما لو سرقت منه) اى من السارق الاول (قبل القطع او بعد درء الحد بشبهة)
فانه يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب كما فى
الهداية واطلق الكرخى والطحاوى عدم قطع السارق من السارق لكن الحق ما فى الهداية كما فى
البحر (وان لم يطلب احد لا يقطع) لما مر من ان طلب المسروق منه شرط (وان) وصلية (اقر
هو بها) اى بالسرقة (ولا بد من حضوره) اى حضور الطالب (عند الاقرار والشهادة والقطع)
احتراز عن قول الشافعى فانه قال لا حاجة الى حضور المسروق منه ان اقر و بعد ما شهد عند
القطع (ولو كانت يده اليسرى او ابهامها) اى ابهام يده اليسرى (مقطوعة او شلاء او اصبعان سوى
الابهام كذلك) اى مقطوعتين او شلاء (لا يقطع منه) اى من السارق (شئ) لما فيه من تفويت
جنس المنفعة بطشا وقوام البطش بالابهام وفيه اشارة الى انه لو كان المقطوع اصبعا غير الابهام
او اشل فانه يقطع والى انه لو كانت يده اليمنى شلاء او ناقصة الاصابع يقطع فى ظاهر الرواية لان
المستحق بالنص قطع اليمنى واستيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز وعن ابى يوسف لا يقطع لان
مطلق الاسم يتناول الكامل (وكذا) لا تقطع يده (لو كانت رجله اليمنى مقطوعة او شلاء) وفى
البحر لو كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فان كان يستطيع القيام والمشى عليها قطعت يده والا
فلا (بل يحبس) الى ان يتوب (ولا يضمن المامور بقطع اليمنى لو قطع اليسرى) عند الامام سواء كان
عمدا او خطأ لانه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا (وعندهما يضمن ان تعمد)
لانه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل له لانه يعتمد الظلم فلا يعفى وان كان فى المجتهدات

وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة وقال زفر يضمن في الخطاء ايضا وهو القياس والمراد هو الخطأ في الاجتهاد واما في معرفة اليمين واليسار لايجعل عفوا وقيل يجعل عفوا حتى اذا قال اخرج يمينك فاخرج يساره وقال هذه يميني فقطع لايضمن اجماعا وان كان عالما بانها يساره لانه قطعه بامره هذا كله اذا كان بالامر واما اذا قطعه احد قبل الامر والقضاء يجب القصاص في العمد والدية في الخطاء اتفاقا وسقط القطع عن السارق وقضاء القاضي بالقطع كالامر على الصحيح فلا ضمان واو اطلق الحاكم وقال اقطع يده ولم يعين اليمنى فلا ضمان على القاطع اتفاقا لعدم المخالفة اذ اليد تطلق عليهما وفي البحر ولم يذكر المصنف ان هذا القطع وقع حدا اولا فعلى طريقة انه وقع حدا فلاضمان على السارق لو كان استهلك العين وعلى طريقة عدم وقوعه حدا فهو ضامن في العمد والخطاء (ومن سرق شيئا ورده قبل الخصومة الى مالكه لايقطع) لان الخصومة شرط لظهور السرقة كما مر فلو رده بعد المرافعة الى القاضي قطع لانتهاء الخصومة وهو شامل لما اذا رده بعد القضاء بالقطع وما اذا رده بعد ما شهد الشهود ولم يقض القاضي استحسانا واطلق في الرد فشمل الرد حقيقة والرد حكما كما اذا رده الى اصله وان علا كوالده وجده ووالدته سواء كانوا في عيال المالك اولا لان لهؤلاء شبهة الملك فيثبت به شبهة الرد بخلاف ما اذا رده الى عيال اصوله فانه يقطع لانه شبهة الشبهة وهي غير معتبر ومن الرد الحكمي الرد الى فرعه وكل ذي رحم محرم منه بشرط ان يكون في عياله والا فليس برد ومنه الرد الى مكاتبه وعبده ومنه الرد الى مولاه ولو كان مكاتبا ومنه اذا سرق من العيال ورد من يعولهم كما في البحر (وكذا) لايقطع (لونقصت قيمته من النصاب قبل القطع) بعد القضاء وعن محمد يقطع وهو قول زفر والائمة الثلثة اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء اطلقه فشمل ما اذا تغير السعر في بلد او بلدين حتى اذا سرق ما قيمته نصاب في بلد واخذ في آخر فيه القيمة انقص لم يقطع وقيد بنقصان القيمة لان العين لو نقصت فانه يقطع لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا اودينا كما اذا استهلكه كله اما بنقصان السعر فغير مضمون فافترقا كما في اكثر المعتبرات (اوملكه) اي السارق المسروق (بعد القضاء) بهبة مع القبض او بيع وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة السابقة والحكم بموجبها لايبطل بالملك الحادث بعده وانا ان الامضاء في باب الحدود من القضاء فاذا ملكه بعد القضاء قبل الامضاء سقط القطع كما لو ملكه قبل القضاء وقوله بعد القضاء قيد للمسئلتين (اوادعى) السارق (انه) اي المسروق (ملكه) اي ملك السارق بعد ما ثبت السرقة بالبينة فلا قطع عندنا (وان) وصلية (لم يثبت) لان الشبهة دارئة للحد فيتحقق بمجرد الدعوى بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار اجماعا ومثل هذا يسمى اللص الظريف وقال الشافعي لايسقط بمجرد الدعوى وهو احد الوجهين وهو رواية عن احمد لان سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي الى سد باب الحد ولا يعجز سارق عن هذا ونقل عنه انه لايقطع وتمامه في الفتح (وكذا لوادعاه احد السارقين) يعني اذا كان السارق اثنين فادعى احدهما الملك لم يقطعا وان لم يثبت سواء قبل القضاء او بعده قبل الامضاء لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الاخر بخلاف ما لو قال سرقت انا وفلان كذا فانكر فلان فانه يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه (ولو سرقا وغاب احدهما وشهدا) على البناء للمفعول اي شهد اثنان (على سرقتهما قطع الاخر) اي الحاضر وكان الامام يقول اولا لايقطع ثم رجع وقال يقطع وهو قولهما لان السرقة اذا لم تثبت على الغائب كان اجنبيا وبدعوى الاجنبي لاتثبت الشبهة ولان احتمال دعوى الشبهة من الغائب شبهة الشبهة فلا تعتبر (ولو اقر العبد المأذون بسرقة قطع وردت) الى المسروق منه (وكذا المحجور عند الامام وعند ابي يوسف يقطع ولا ترد

وعند محمد لاتقطع ولايرد) هذه المسئلة على وجوه لانه لايخلو اما ان يكون العبد مأذونا او محجورا
والمال قائم فى يده او هالك والمولى مصدق او مكذب فان كان مأذونا يصح اقراره فى حق القطع والمال
فيقطع يده ويرد المال على المسروق منه ان كان قائما وان هالكا لاضمان عليه صدقه مولاه او كذبه
وان كان محجورا والمال هالك تقطع ولم يضمن كذبه مولاه او صدقه وان كان قائما وصدقه مولاه تقطع
عندهم ويرد المال على المسروق منه وان كذبه وقال المال مالى قال الامام تقطع والمال للمسروق منه
وقال ابو يوسف وهو قول الائمة الثلثة تقطع والمال للمولى وقال محمد لاتقطع والمال للمولى و يضمن
العبد بعد العتق وقال زفر لايصح اقراره بالمال فى حق القطع مأذونا او محجورا و يصح اقراره بالمال
ان كان مأذونا او يصدقه المولى وان محجورا الاودليلهم بين فى المطولات فليراجع وحكى الطحاوى
ان الاقاويل الثلثة مروية عن الامام فقوله الاول اخذ به محمد والثانى اخذ به ابو يوسف (ومن قطع
بسرقة والعين قائمة) اى حال كون العين المسروقة موجودة (ردها) الى صاحبها لبقائها على ملكه
وفيه اشارة الى انه لايحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه والى انه او وهبها او باعها فانها تؤخذ
من المشترى والموهوب له بلاخلاف (وان لم تكن قائمة فلاضمان عليه وان) وصلية (استهلكها)
سواء كان قبل القطع او بعده لقوله عليه الصلاة والسلام لاغرم على السارق بعد ماقطعت يمينه
قوله وان استهلكها اشارة الى رد ماروى الحسن عن الامام انه يضمن بالاستهلاك وفى الكافى هذا
اذا كان بعد القطع وان كان قبله فان قال المالك انا اضمنه لم تقطع عندنا وان قال انا اختار القطع يقطع
ولايضمن وعند الائمة الثلثة يجتمع وفى البحر او قطع السارق ثم استهلك السرقة غيره لم يضمن لاحد
وكذا لو هلك فى يد المشترى او الموهوب له ولو استهلكه فللمالك تضمينه (وان سرق سرقات فقطع
بكلها او بعضها لايضمن شيئا منها) اى من تلك السرقات يعنى من سرق سرقات فحضر واحد
من اربابها وادعى حقه فاثبت فقطع فيها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند الامام (وقالا) وهو
قول الائمة الثلثة (يضمن ما) موصولة (لم يقطع به) لان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولابد من
الخصومة لتظهر السرقة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على
التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضى وعلى هذا الخلاف اذا سرق من واحد نصابا
مرارا فخاصمه فى بعضها فقطع لنصاب واحد وفيه اشارة الى انه لو حضروا وقطع بخصومتهم
لايضمن اتفاقا ولو لم يقطع يضمن اتفاقا (ولو سرق ثوبا فشقه فى الدار) وهو يساوى بعد الشق
نصابا (ثم اخرجه قطع) مالم يكن اتلافا وعن ابى يوسف لايقطع فى الخرق الفاحش وفى اليسير
يقطع اتفاقا لعدم وجوب الضمان وترك الثوب عليه وانما يضمن النقصان مع القطع وكذا اذا كان
الخرق فاحشا وصحح الخبازى عدم وجوبه لانه لايجتمع مع القطع ورجح فى الفتح الضمان وقال انه
الحق او وجوب الضمان قبل الاخراج والفرق بينهما ان الفاحش مايفوت به بعض العين و بعض
المنفعة واليسير مالا يفوت شئ من المنافع بل يتعيب به وهو الصحيح وهذا فيما اختار تضمين
النقصان واخذ الثوب وان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع اتفاقا وقيد فى الدار
لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوى نصابا ثم شقه وانتقص قيمته بالشق من النصاب فانه
يقطع قولا واحدا وقيدنا وهو يساوى بعد الشق نصابا لانه اذا شق فى الدار وانتقص قيمته ثم
اخرجه لم يقطع وقيدنا بمالم يكن اتلافا لانه لوكان الشق اتلافا فله تضمين القيمة وترك الثوب عليه
فلاقطع اتفاقا لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ كما فى البحر وغيره فعلى هذا اخل المصنف مما ذكر
من هذين القيدين تأمل (لا) يقطع (ان سرق شاة) فى الدار (فذبحها ثم اخرجها) وان بلغ لحمها نصابا
لان السرقة تمت على اللحم ولاقطع فيه لكن يضمن قيمتها للمسروق منه (ولو ضرب المسروق)
من الفضة والذهب قدر النصاب (دراهم ودنانير قطع وردها) اى الدراهم والدنانير الى

المسروق منه عند الامام (وعندهما لايردها) بناء على ان الصنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب القطع لايشكل على قوله وقيل لايجب على قولهما وقيل يجب وعلى هذا الخلاف اذا اتخذ النقد آنية اوغيرها قيد بالنقد لانه لوجعل الحديد والرصاص اوانى فان كان يباع عددا فهو للسارق بالاجماع وان كان يباع وزنا فهو على اختلافهم فى الذهب والفضة (ولو صبغه) اى الثوب المسروق (احمر لايؤخذ منه) الثوب (ولايضمنه) عند الامام وفى التبيين لوسرق ثوبا فصبغه احمر فقطع لايجب عليه رده ولاضمانه هكذا ذكره فى المحيط والكافى ولفظ الهداية وان سرق ثوبا فقطع فصبغه احمر لم يؤخذ منه الثوب ولايضمن بتأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب احمر آه دليل على انه لافرق بين ان يصبغه قبل القطع اوبعده وهذا عند الشيخين انتهى وقال المولى سعدى انت خبير بان عبارة الهداية ابست على مانقله لكن قال فى العناية قال فى النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه احمر ثم قال قول المصنف الاترى انه غير مضمون الخ انما يستقيم اذا كانت صورتها ماقال صاحب النهاية انتهى فعلى هذا يمكن ما فى التبيين ان يكون نقلا لمآل مسئلة الهداية ومحصلها بشهادة قوله الاترى ولهذا طوى المصنف القطع من البين ليشعر بعدم الفرق بين ان يصبغه قبل القطع او بعده تأمل (وعند محمد يؤخذ منه) الثوب (ويعطى مازاد الصبغ) فيه لان عين ماله قائمة من كل وجه وهو اصل والصبغ تبع فصار اعتبار الاصل اولى ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى وحق المالك فى الثوب قائم صورة لامعنى لزوال التقوم بالقطع فكان حق السارق احق بالترجيح (وان صبغه اسودا خذ منه) الثوب (ولايعطى شيئا وحكما) على صيغة الماضى المثنى (فيه) اى فى الاسود كحكمها فى الاحمر) وفى الهداية وغيرها وان صبغه اسودا خذ منه فى المذهبين يعنى عند الطرفين وعن ابى يوسف هذا والاول سواء لان السواد زيادة عند محمد كالحمرة وعنده زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لايقطع حق المالك وعند الامام السواد نقصان فلايوجب انقطاع حق المالك انتهى فعلى هذا فى قوله وحكما كحكمها فى الاحمر كلام تأمل

﴿ باب قطع الطريق ﴾

هذا بيان للسرقة الكبرى واطلاق السرقة عليه مجاز ولذا لزم التقييد بالكبرى وسميت الكبرى لان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال على عامة المسلمين بانقطاع الطريق ولهذا يجب اغلظ الحد بخلاف الصغرى لكن قدمت الصغرى لكونها اكثر وقوعا (من قصد قطع الطريق) هذا التعليق مجاز اى قصد قطع المارة عن الطريق (من مسلم) بيان لمن (اوذمى) سواء كان حرا اوعبدا فخرج الحربى المستأمن لان فى اقامة الحد عليه خلافا كائنا (على مسلم اوذمى) حتى لوقطعه على مستأمن لايجب الحد ويضمن المال لثبوت عصمة ماله حالا (فاخذ) هذا المعصوم القاطع (قبله) اى قبل قطع الطريق (حبس) لمباشرته منكرا (حتى يتوب) ويظهر سيماء الصالحين عليه اويموت وعند الشافعى ينفى من البلد (وان اخذ) اى قاصد قطع الطريق (مالا) بعد التعزير (وحصل لكل واحد نصاب السرقة)من القاطعين (قطع يده اليمنى ورجله اليسرى) ان كان صحيح الاطراف فان لم يحصل لكل واحد نصاب لم يقطع واشترط الحسن بن زياد نصابين لانه يقطع منه طرفان (وان قتل) نفسا معصومة (فقط) ولم يأخذ مالا (ولو) كان قتله (بعصا اوبحجر) اى لايشترط ان يكون القتل موجبا للقصاص من مباشرة الكل والآلة (قتل) بلاقطع (حدا) اى سياسة لاقصاصا (فلايعتبر عفو الاولياء) تفريع على كون القتل حدا يعنى لوعفا الاولياء عنه لايلتفت الى عفوهم بل يقتل لانه حق الله تعالى (وان قتل) نفسا معصومة (واخذ مالا قطع) يده ورجله من خلاف (وقتل اوصلب اوقتل) فقط (اوصلب) فقط يعنى الامام مخير ان شاء قطع وقتل وصلب وان شاء صلب عند الشيخين لان اصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه وهو ظاهر الرواية

وعن ابي يوسف يصلب مطلقا لانه منصوص عليه (وخالف محمد في القطع) يعني قال محمد يقتل فقط او يصلب فقط ولا يقطع وهو قول الائمة الثلثة لتوحد الجناية فلم يجب حدان او للتداخل كحد سرقة ورجم فانه يقتل ولا يقطع وكذا هذا اجيب بانه حد واحد تغلظ لتغلظ سببه وهو تفويت الامن على الناس واخذ المال فيكون قطعه وقتله حدا واحدا مغلظا لا حدين (ويصلب حيا ويبعج) اي يشق (بطنه برمح حتى يموت) وفي الجوهرة وغيرها ثم يطعن بالرمح في ثديه الايسر ويحرك الرمح حتى يموت به تشهيرا له واستبعد الموته والصلب حيا ظاهر المذهب وهو الاصح وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب وهو قول الشافعي (ويترك ثلثة ايام فقط) اي لا يترك اكثر منها حذرا عن تأذي الناس بنتنه واذا تم له ثلثة ايام من وقت موته يخلي بينه وبين اهله ليدفنوه وعن ابي يوسف انه يترك حتى يسقط عبرة (ويرد ما اخذ) من المال (الى مالكه ان) كان ما اخذه (باقيا والا) اي وان لم يكن باقيا (فلا ضمان) عليه كما في السرقة الصغرى (ولو باشر الفعل بعضهم حدوا كلهم) بمباشرة البعض لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ناصرا للبعض حتى اذا زالت اقدامهم انضموا اليهم وانما الشرط لقتل من واحد منهم وقد تحقق وعند الشافعي حد المباشر فقط (وان اخذ مالا وجرح قطع) يده ورجله (من خلاف والجرح هدر) لانه لما وجب الحد سقط عصمة النفس (وان جرح فقط) اي لم يقتل ولم يأخذ مالا (اوقتل فتاب قبل ان يؤخذ فلا حد) اي لا قطع في الاولى ولا قتل في الثانية بل يقتص فيما فيه القصاص ويؤخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء كما في الهداية وعن هذا قال (والحق للولي ان شاء عفا وان شاء اخذ بموجب الجناية) وفيه كلام لان مراد صاحب الهداية بقوله وذلك الى الاولياء القصاص واما ارش الجرح فللمجروح كما لا يخفى وتمامه في البحر تتبع قيد بالقتل ليعلم حكم اخذ المال بالاولى وفي البحر رد المال من تمام توبتهم لتقطع خصومة صاحبه ولو تاب ولم يرد المال قيل لا يسقط الحد وقيل يسقط وفيه اشعار الى انه يجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه (وكذا) اي لا يحد (لو كان فيهم) اي في القطاع (صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه) لان الجناية واحدة فالامتناع في حق البعض امتناع في حق الباقين واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا عنه وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وهو قول الائمة الثلثة (او قطع بعض القافلة على بعض) لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة كما في الهداية وقال المولى سعدي والاولى كبيت واحد لانه قد يكون في الدار الواحدة مقاصير كما سبق انتهى لكن فيه كلام لان المراد بالدار عند الاطلاق الدار التي صاحبها واحد وبيوتها مشغولة بمتاعه وخدامه وبينهم انبساط لا المقيدة بان كانت كبيرة فيها حجرات يسكن في كل منها انسان لا تعلق له بالحجرة التي يسكن فيها غيره على ان تشبيه القافلة بالبيت غير مناسب لان البيت واحد بخلاف القافلة كما لا يخفى تأمل (او قطع الطريق ليلا او نهارا بمصر او ما بين مصرين) فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الائمة الثلثة لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف انهم ان قصدوا في المصر بالسلاح يجري عليهم احكام قطاع الطريق وان قصدوا بالحجر والخشب فان كانوا خارج المصر فكذلك وان كانوا بقرب منه او في المصر وان كان بالليل فكذلك ايضا وان كان بالنهار لا يجري عليهم احكام قطاع الطريق واستحسن المشايخ هذه الرواية وبه يفتى كما في اكثر الكتب نظرا لمصلحة الناس بدفع شر المتغلبة المفسدين وفي التنوير العبد في حكم قطع الطريق كغيره وكذا المرأة في ظاهر الرواية وفي السراجية ولو كانت فيهم امرأة فقتلت واخذت المال دون الرجال لم تقتل المرأة وقتل الرجال هو المختار ويجوز ان يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتل عليه (ومن خنق في المصر غير مرة) اي صار عادته (قتل به) اي بسبب

ذلك سياسة لانه ذو فتنة ساع في الارض بالفساد فيقتل دفعا لفتنته وشره عن العباد (والا) اى وان لم يخنق غير مرة بل خنقه مرة (فكالقتل بالمثقل) اى لايقتل عند الامام انما تجب فيه الدية على العاقلة كما سيأتى فى الديات ان شاء الله تعالى

﴿ كتاب السير ﴾

لما كان المقصود من الحد وذا اخلاء العالم عن المعاصى ومن الجهاد اخلاءه عن رأس المعاصى اورد السير عقيب الحدود والسير جمع سيرة بكسر الفاء من السير فتكون لبيان هيئة السير وحالته الا انها غلبت فى الشريعة على طريقة المسلمين فى المعاملة مع الكافرين والباغين وغيرهما (الجهاد) فى اللغة بذل ما فى الوسع من القول والفعل وفى الشريعة قتال الكفار ونحوه من ضربهم ونهب اموالهم وهدم معابدهم وكسر اصنامهم وغيرهم والمراد الاجتهاد فى تقوية الدين بنحو قتال الحربيين والذميين والمرتدين الذين هم اخبث الكفار للانكار بعد الاقرار والباغين فاللام للعهد على ما هو الاصل كما فى القهستانى (بدأ منا) نصب بدأ على الظرفية اى فى بدأ الامر (فرض كفاية) يعنى يفرض علينا ان نبدأهم بالقتال بعد بلوغ الدعوة وان لم يقاتلونا فيجب على الامام ان يبعث سرية الى دار الحرب كل سنة مرة او مرتين و على الرعية اعانته الا اذا اخذ الخراج فان اخذ فلم يبعث كان كل الاثم عليه و بين معنى كونه على الكفاية بقوله (اذا قام) اى انتصب (به) اى بالجهاد (البعض) اى بعض المسلمين (سقط عن الكل) اى باقى المسلمين اذا كان بذلك البعض كفاية و الافرض على الاقرب فالاقرب من العدو الى ان تقع الكفاية فان لم تقع الكفاية الا بجميع الناس فحينئذ صار فرض عين كالصلوة اما الفرضية فلقوله تعالى اقتلوا المشركين ولقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض الى يوم القيمة اراد به فرضا باقيا وهو على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد فى نفسه وانما فرض لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان فى اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما كما فى اكثر المعتبرات (وان تركه) اى الجهاد (الكل اثموا) اى المكلفون به واثمهم على تقدير تركه مطلقا لا تركهم خاصة حتى لو قام به غيرهم من العبيد والنسوان سقط الاثم عندهم كما فى الاصلاح (ولا يجب) اى الجهاد (على صبى) لانه غير مكلف (وامرأة وعبد) لانهما مشغولان بحق الزوج والمولى وحقهما مقدم على فرض الكفاية كما فى اكثر المعتبرات لكن الدليل خاص لمن له الزوج والمدعى عام كما قال المولى سعدى فى حاشيته ولذا غيره القهستانى فقال لان المرأة من قرنها الى قدمها عورة وفى الجهاد قد ينكشف شئ من ذلك لاعمالة انتهى وفيه كلام لانه يلزم من هذا التعليل ان لا تخرج المرأة ان هجم العدو ايضا فليس كذلك بل الحق ما فى اكثر المعتبرات ودفع الاعتراض ممكن بادنى التأمل تدبر (واعمى ومقعد واقطع) الخروج بعجزهم وكذا لا يجب على مديون بغير اذن غريمه ولا على عالم ليس فى البلدة افقه منه (فان هجم) اى غلب (العدو) اى على بلد من بلاد الاسلام وناحية من نواحيه وفى المغرب الهجوم الاتيان بغتة والدخول من غير استيذان (ففرض عين فتخرج المرأة و العبد بلا اذن زوج والمولى) لان المقصود لا يحصل الا باقامة الكل فيفرض على الكل وحق الزوج والمولى لا يظهر فى حق فروض الاعيان وكذا يخرج الولد بغير اذن والديه والغريم بغير اذن دائنه وان الزوج والمولى اذا منعا اثما وفى البحر امرأة مسلمة سبيت بالمشرق وجب على اهل المغرب تخليصها ما لم تدخل حصونهم وحرزهم قال فى الذخيرة اذا جاء النفير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو و هم يقدرون على الجهاد فاما من وراءهم ببعد من العدو فان كان الذين هم بقرب العدو عاجزين عن مقاومة العدو او قادرين الا انهم لا يجاهدون لكسل بهم او تهاون افترض على من يليهم فرض عين ثم من يليهم كذلك حتى يفترض على هذا التدريج على المسلمين

كلهم شرقا وغربا انتهى فعلى هذا لوقيد بالاستطاعة لكان اولى لانه لايجب على المريض المدنف ومن لايقدر على الزاد والراحلة تأمل (وكره الجعل) بضم الجيم وهو مايضرب به الامام على الناس الذين يخرجون الى الجهاد (ان كان) في بيت المال (فيء) لانه يشبه الاجر على الطاعة فيكره وفي البحر وغيره والفيء المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية واما المأخوذة بقتال فيسمى غنيمة كما في الفتح وظاهره اذا لم يكن في بيت المال فيء وكان فيه غيره من بقية الانواع لايكره الجعل ولايخفى مافيه فانه لاضرورة لجواز الاستقراض من بقية الانواع ولذا لم يذكر الفيء في بعض المعتبرات وانما ذكر مال بيت المال وهو الحق انتهى لكن صرح المولى سعدى في حاشيته ان مال الغنيمة الموجود في بيت المال لايصرف الى المقاتلة بل حتى يظهر لك الحق (والا) اي وان لم يوجد في بيت المال فيء (فلا) يكره الجعل وهو الصحيح فان الجهاد قد يكون بالنفس وقد يكون بالمال على اختلاف الاشخاص والاحوال وقال المولى سعدى وللامام ذلك بشرط الزمان فاذا زالت الحاجة يرد ان كان قائما والافقيمته والاولى ان يغزو المسلم بمال نفسه ثم بمال بيت المال لانه لمصالح المسلمين ثم شرع في كيفية القتال فقال (واذا حاصرناهم) اي يحيط الامام مع التابعين بالكفار في ديارهم او غيرها في موضع حصين لئلا يتفرقوا (ندعوهم الى الاسلام) والايمان لان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم ماقاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام (فان اسلموا) نكف عن قتالهم لحصول المقصود (والا) اي وان لم يسلموا (فالى الجزية) اي فندعوهم الى قبول الجزية لانه عليه الصلوة والسلام امر هكذا (ان كانوا من اهلها) اي اهل الجزية كاهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم واحترز عن المرتدين ومشركي العرب وعبدة الاوثان منهم فلاندعوهم الى الجزية بل امرهم دائر بين الاسلام والسيف (ويبين لهم) الامام (قدرها) اي قدر الجزية (ومتى تجب) اي يبين لهم زمان ادائها لئلا يفضي الى المنازعة (فان قبلوا) الجزية (فلهم مالنا) من عصمة الدماء والاموال (وعليهم ماعلينا) من التعرض بهما اي انا كنا نتعرض لدمائهم قبل قبول الجزية فبعد ماقبلوها اذا تعرضنا لهم او تعرضوا لنا يجب لهم علينا مايجب لبعضنا على بعض عند التعرض يؤيده استدلالهم عليه بقول علي رضي الله تعالى عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا (وحرم قتال من لم تبلغه الدعوة قبل ان يدعى) ومن قتلهم قبل الدعوة يأثم للنهي عنه ولايغرم بقتله لانهم غير معصومين وقال الشافعي يضمنون الدية (وندب دعوة من بلغته) اي الدعوة مبالغة في الانذار وقطع الاعذار ولايجب ذلك وفي المحيط تقديم الدعوة الى الاسلام كان في ابتداء الاسلام واما بعد ما انتشر يحل القتال معهم قبل الدعوة ويقوم ظهور الدعوة وشيوعها مقام دعوة كل مشرك وهذا صحيح ظاهر كما في التبيين (فان ابوا) عما دعوا اليه (نستعين بالله تعالى) فانه الناصر للاولياء والقاهر للاعداء فيستعان في كل الامور (ونقاتلهم بنصب المجانيق) جمع منجنيق لانه عليه الصلاة والسلام نصبها على الطائف (والتحريق) بالنار اراد حرق دورهم وامتعتهم ونحو ذلك (والتغريق) ارسال الماء على دورهم وبساتينهم وانفسهم ايضا (وقطع الاشجار) ولو مثمرة (وافساد الزرع) ولو عند الحصاد لان في جميع ذلك سببا لغيظهم وكسر شوكتهم وتفريق شملهم فيكون مشروعا وفي الفتح هذا اذا لم يغلب على الظن انهم مأخوذون بغير ذلك فان كان الظاهر انهم مغلوبون وان الفتح بادٍ كره ذلك لانه فساد في غير محل الحاجة وماابيح الا لها (ونرميهم) بالسهام (وان) وصلية (تترسوا باسارى المسلمين) اي وان اتخذوهم ترسا (ونقصدهم) اي الكفار دون المسلمين الذين اتخذوهم اتراسا (به) اي بالرمي وعند الائمة الثلثة لايجوز في هذه الصورة وهو قول الحسن منا اذا علم انه يتلف المسلم به الا اذا يخاف انهزامنا وان اصابوا منهم فلادية ولاكفارة خلافا للشافعي قيد بالتترس عند المحاربة لان الامام اذا فتح بلدة وفيها مسلم

اوذمى لايحل قتل احد منهم لاحتمال انه ذلك المسلم اوالذمى ولواخرج واحد من عرض الناس حل اذن قتل الباقى لجواز كون المخرج هو ذلك فصار فى كون المسلم فى الباقين شك بخلاف الحالة الاولى فان كون المسلم اوالذمى فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق كما فى الفتح (ويكره اخراج النساء والمصاحف فى سرية لايؤمن عليها) اى على السرية لخوف الافتضاح والاستخفاف ان غلبوا ولايبعد ان يراد به ذوالمصحف فيشمل كتب التفسير والحديث والفقه فانها بمنزلة المصحف كما فى اكثر الكتب وقال الطحاوى انه كان فى بدء الاسلام ثم انتسخ ذلك والاول اصح واحوط (لا) اى لايكره اخراج النساء والمصاحف (فى عسكر يؤمن عليه) اى على العسكر لان الغالب فيه السلامة لااخراج المرأة الشابة فانه مكروه خوفا من الفتن وقد فرق الامام الاعظم بينهما بان اقل الجيش اربعمائة واقل السرية مائتان وقال الحسن اقله اربعة آلاف واقلها اربع مائة كما فى الخانية (ولا) يكره (دخول مستأمن عليهم بمصحف ان كانوا يوفون العهد) يعنى اذا دخل مسلم اليهم بامان فلا بأس ان يحمل معه مصحفا اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض (ونهى عن الغدر) بفتح المعجمة وسكون الدال وهو نقض العهد كما اذا عهد ان لايحاربهم فى زمان كذا ثم يحاربهم فيه فلولم يعهد وخادعهم جاز لقوله عليه الصلاة والسلام الحرب خدعة مالم يتضمن النقض (والغلول) بالضم وهو خيانة وسرقة من الغنيمة (والمثلة) بضم الميم وسكون المثلثة قطع بعض الاعضاء وتسويد الوجه وفى الفتح هذا بعد الظفر والنصر اما قبل ذلك فلابأس به اذا وقع قتالا كمبارز ضرب فقطع اذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم ينته فضربه فقطع يده وانفه ونحو ذلك (و) نهى (عن قتل امرأة اوغير مكلف) كالصبى والمجنون (اوشيخ) فانه لايقدر على القتال ولاعلى الصياح ولاعلى الاحتيال ولايكون من اهل الرأى والتدبير (اواعمى اومقعد اواقطع اليمنى) لان المبيح للقتل عندنا هو الحرب ولايتحقق منهم ولهذا لايقتل يابس الشق والمقطوع يده ورجله من خلاف والراهب الذى لم يقاتل واهل الكنايس الذين لايخالطون الناس خلافا للشافعى فى الشيخ والاعمى والمقعد وفيه اشعار بانه يقتل مقطوع اليد اليسرى والاخرس والاصم ومن يجن ويفيق فى حال افاقته لانه ممن يقاتل (الاان يكون احدهم قادرا على القتال اوذارأى فى الحرب اوذا مال يحث) اى يحرض الكفار على القتال (به) اى بالرأى اوالمال(او) يكون احدهم (ملكا) فحينئذ يقتل لتعدى ضرره الى العباد وقد روى انه عليه الصلاة والسلام قتل دريد بن الصمة وكان مضى عليه مائة وعشرون سنة لكونه صاحب رأى فى الحرب وكذا يقتل منهم من قاتل الا غير مكلف فانه يقتل فى القتال لا بعد الاسر والمكلف يقتل بعد الاسر وفى البدايع ولو قتل من لايحل قتله فلاشئ فيه من دية ولاكفارة الا التوبة والاستغفار لان دم الكافر لايتقوم الا بالامان ولم يوجد واذا لم يجز قتل هؤلاء فينبغى ان يوسروا ويحملوا الى دار الاسلام اذا قدر المسلمون على ذلك ولايتركوهم فى دار الحرب (و) نهى الابن (عن قتل اب كافر) لقوله تعالى ولاتقل لهما اف وفيه اشعار الى انه يبتدئ بقتال كل ذى رحم محرم سوى الاب وان علا والام وان علت وعن الشافعى يكره قتل ذى رحم ولوكان غير محرم كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لوقال وعن قتل اصله الكافر لكان اشمل تأمل (بل يأبى الابن) منه (ليقتله) بالنصب اى لان يقتله (غيره) لان المقصود يحصل من غير قحامه المأثم فاذا ادركه فى الصف يشغله بالمجادلة بان يعرقب فرسه او يطرحه من فرسه ويلجئه الى مكان ولاينبغى ان ينصرف الى مكان ويتركه لانه يصير حربا علينا (الاان قصد الاب قتله ولايمكن دفعه الا بالقتل) فحينئذ لابأس فى قتله لان مقصوده الدفع الايرى لوشهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولايمكن دفعه الا بقتله يقتله فكذا هنا (ويجوز) الامام (صلحهم ان كان) الصلح (مصلحة لنا) كما اذا نزل بعض حصونهم ولم يكن للمسلمين قوة فلابأس

بالصلح على ترك الجهاد مدة معينة اى مدة كانت معهم لان هذا جهاد معنى فان كان بهم قوة
لاينبغى ان يصالح لما فيه من ترك الجهاد صورة ومعنى اوتأخيره (و) يجوز (اخذ مال لاجله) اى
لاجل الصلح (ان كان انابه) اى باخذ المال (حاجة) فلايصالح عند عدم الحاجة (وهو) اى المال
الذى يؤخذ منهم بالصلح (كالجزية) اى يصرف مصارف الجزية (ان كان قبل النزول
بساحتهم) بان ارسل اليهم رسولا فكان كالجزية فلا يخمس (وكالفئ) اى الغنيمة (لو) كان
(بعده) اى بعد النزول بساحتهم لانه يكون مأخوذا بالقهر فيخمس ثم يقسم الباقى (ودفع المال
ليصالحوا لايجوز) لما فيه من اعطاء الدنية ولحوق المذلة (الالخوف الهلاك) لان دفعه باى
طريق امكن واجب كما فى اكثر الكتب وفى الفتح وهو تساهل فانه لايجب دفع الهلاك باجراء كلمة
الكفر ويقتل غيره اواكره عليه بقتل نفسه بل يصبر للقتل فلايقتل غيره (و يصالح المرتدون)
اذاغلبوا على بلدة وصار دارهم دار الحرب والا لايجوز مصالحتهم كما فى اكثر الكتب فعلى هذا
ينبغى للمصنف ان يقيد بهذا القيد وهو مما لاينبغى الاخلال به تدبر (بدون اخذ مال) منهم وانما
نصالحهم لننظر فى امورهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا فى الاسلام ولانأخذ
عليه مالا فانه كالجزية ولاجزية عليهم ولان ذلك تقرير على الارتداد كما فى اكثر المعتبرات قال
المولى سعدى وفيه بحث فان الموادعة تكون بزمان معين فلواخذ منهم مال مقدر الى ذلك الزمان
كيف يكون تقريرا لهم عليه انتهى لكن يمكن الجواب بان اخذ المال سبب امن خاطرهم فلا يرجى
الاسلام الى هذا الزمان فيلزم التقرير من وجه خصوصا فى الزمان الممتد على انه يكون الزمان قيدا
المال لابمجرد الصلح تأمل (وان اخذ) المال منهم غلطا او خطأ بطريق الصلح (لايرد) اليهم
لانه مال غير معصوم واشار الى انه يجوز الصلح مع اهل البغى بالاولى ولايؤخذ منهم شئ (ثم ان ترجح
النبذ) يعنى لو صالحهم الامام ثم رأى النبذ اى نقض العهد انفع (ينبذ) اى ينقض مرسلا خبر النقض
(اليهم) لانه عليه الصلاة والسلام نبذ الموادعة التى كانت بينه و بين اهل مكة ولابد من اشتراط
علم ملك الكفار بالنقض او مدة يبلغ الخبر الى ملكهم تحرزا عن الغدر المنهى عنه (ومن بدأ منهم
بخيانة قوتل فقط وان) كان (باتفاقهم او باذن ملكهم قوتلوا الجميع بلا نبذ) لانهم صاروا ناقضين
للعهد فلاحاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولامنعة لهم حيث
لايكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد فى حقهم
دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين
للعهد لانه باتفاقهم معنى كما فى الهداية (ولايباع) اى يكره كراهة التحريم ان يملك بوجه كالهبة
منهم (سلاح) اى مما استعمل للقتل ولوصغيرا (ولاخيل ولاحديد) لئلا يتقوى به الكفار ولا ما فى
حكمه من الحرير والديباج فان تمليكه مكروه فلابأس بتمليك الثياب والطعام (ولو بعد الصلح) لانه
قد ينبذ (ولايجهز اليهم) اى لايبعث التجار اليهم بالجهاز والمراد ههنا السلاح وغيره فيكون
معنى الكلام ولايباع منهم سلاح ولاخيل ولاحديد ولايحملها التجار ايضا اليهم (وصح امان حر
وحرة كافرا او جماعة او اهل حصن) اى صح من الحر والحرة المسلمين ان يزيل الخوف
عن كافر او اكثر او اهل بلد او حصن باى لسان كان (وحرم قتلهم) والصواب فحرم بالفاء
التفريعية والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام تتكافأ دماؤهم اى تتماثل فى القصاص والديات
ويسعى بذمتهم ادناهم اى يعطى الامان اقلهم وهو الواحد (فان كان فيه) اى فى الامان (ضرر
نبذ اليهم) اى نقض الامام ذلك الامان رعاية لمصالح المسلمين واعلمهم بذلك (وادب) اى ادب الامام
ذلك المؤمن هذا اذا علم ان ذلك منهى شرعا فان لم يعلم ذلك لم يؤدب واعتبر جهله عذرا فى دفع
العقوبة (ولغا امان ذمى) المستعين للمسلمين لانه منهم (او اسير او تاجر عندهم) اى عند الكفار لانهما

مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف (وكذا امان من اسلم) ثمة (ولم يهاجر) الينا للتهمة وكذا لو دخل مسلم فى عسكر اهل الحرب فى دار الاسلام وامنهم لايصح امانه لانه مقهور بمنعتهم (اومجنون) لانه لايعقل فلايصح امانه (اوصبى) عاقل ولومراهقا (اوعبد غيرماذونين بالقتال) لان كل واحد منهما محجور عن القتال فلايصح امانه بخلاف المأذون فى القتال هذا عند الامام (وعند محمد يجوز امانهما) اى امان الصبى العاقل والعبد المحجورين عن القتال وهو قول الائمة الثلثة لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم امان العبد امان (وابو يوسف معه) اى مع محمد (فى رواية) الكرخى ومع الامام فى رواية الطحاوى

﴿باب﴾ فى بيان احكام

(الغنايم وقسمتها) والغنايم جمع الغنيمة وهى اسم لمال مأخوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة وحكمها ان يخمس والباقى بعد الخمس للغانمين خاصة (مافتح الامام) من البلاد والاراضى (عنوة) اى قهرا كما فى الهداية وانتصابها على التميز وفى الكفاية العنوة الذل والخضوع والقهر ليس بتفسير لها لغة لان عنى لازم وقهرا متعد بل بطريق المجاز لان من الذلة يلزم القهر فهو مخير فيه ان شاء (قسمه) اى المفتوح القابل للقسمة (بين المسلمين) الفاتحين كما فعل رسول الله صلى الله تعالى عنه وسلم بخيبر فحينئذ يكون نفس البلاد عشرية وفيه اشعار بانه تسترق نساؤهم وذراريهم كما فى القهستانى (اواقر اهله عليه) اى ان شاء من عليهم بتمليك الرقاب اوالنساء والذرارى والاموال هذا فى العقار واما فى المنقول فلايجوز به المن عليهم ثم اذا من عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقول مالابد لهم منه ليخرج عن حد الكراهة فانه اذا من عليهم برقابهم واراضيهم وقسم سائر الاموال جاز ويكره وان قسم الاراضى ومن بالرقاب لم يجز (ووضع الجزية عليهم) اى على رؤس اهل البلدة (و) وضع (الخراج على اراضيهم) كما فعل عمر رضى الله تعالى عنه بسواد العراق بموافقة الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم يحمد من خالفه وكل ذلك قدوة فيتخير قالوا الاول اولى عند حاجة الغانمين والثانى عند عدمها ذخيرة لهم فى الزمان الثانى وقال الشافعى لايجوز المن فى العقار لتضمنه ابطال حق الغانمين والحجة عليه مارويناه (و) الامام فى حق اهل مافتح عنوة ايضا مخير ان شاء (قتل الاسرى) الذين يأخذهم من المقاتلين سواء كانوا من العرب او العجم لانه صلى الله تعالى عليه وسلم قتلهم ولان فيه حسم مادة الشرك وفى القهستانى لايقتل النساء والذرارى بل يسترقون لمنفعة المسلمين (اواسترقهم) توفيرا للمنفعة على المسلمين (اوتركهم احرارا) الامشركى العرب والمرتدين اذلايقبل منهم الا الاسلام او السيف حال كونهم (ذمة للمسلمين) اى حقا واجبا للمسلمين عليهم من الجزية والخراج فان الذمة الحق والعهد والامان وسمى اهل الذمة لدخولهم فى عهد المسلمين وامانهم وقد ظن ان المعنى ليكونوا اهل ذمة لنا كما فى القهستانى (واسلامهم لايمنع استرقاقهم مالم يكن) الاسلام (قبل الاخذ) لانعقاد سبب الملك قبل الاسلام وفيه اشارة الى انه لايجوز قتلهم او وضع الجزية عليهم بعد اسلامهم الا الاسترقاق فان اسلموا قبل الاخذ لايجوز استرقاقهم لانه لم ينعقد سبب الملك (ولايجوز ردهم الى دارهم) اى الى دار الحرب لما فيه من تقوية الكفار (ولا المن) اى لايجوز ان يترك الكافر الاسير بلا اخذ شئ منه خلافا للشافعى وفى الفتح هو ان يطلقهم الى دار الحرب بغير شئ وفى الغاية والنهاية هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا بدون اجراء الاحكام عليهم من القتل او الاسترقاق او تركهم ذمة للمسلمين انتهى لكن ما فى الفتح لايصح فى الكلام المختصر لانه هو عين قوله ولايجوز ردهم الى دار الحرب كما فى البحر (و) لايجوز (الفداء بالمال) هذا على المشهور من المذهب لان آية السيف نسخت المفاداة (وقيل لابأس به) اى بالفداء باخذ المال (عند الحاجة اليه) اى الى اخذ المال وهو قول محمد فى السير الكبير استدلالا باسارى بدر (ويجوز) الفداء (بالاسارى) اى باسارى المسلمين (عندهما) تخليصا للمسلم وهو قول الشافعى ولايجوز عند الامام

لان المفاداة تكثير سواد الكفرة وفي الترك رجاء اسلامهم قال الاسبيجابي والصحيح قول الامام واعتمده النسفي وغيره قال في التبيين وعن الامام انه لا بأس بان يفادي بهم اسارى المسلمين وهو قول محمد ثم قال وذكر في السير الكبير ان هذا هو اظهر الروايتين عن الامام وقال ابو يوسف يجوز ذلك قبل القسمة لا بعدها انتهى فعلى هذا قوله ويجوز باسارى عندهما محل تأمل الا ان يحمل على الروايتين واختار احدهما اذ بروفي اكثر المعتبرات ولو اسلم الاسير لا يفادي بمسلم اسير الا اذا طابت به نفسه وهو مأمون على اسلامه (وتذبح مواش) جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم ولا تترك خلافا للشافعي (شق نقلها) اي اذا اراد الامام العود ومعه مواش ولم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها (وتحرق) قطعا (ولا تعقر) خلافا لمالك لهما قوله عليه الصلوة والسلام لا تذبحن شاة ولا بقرة الا لمأكله ولنا ان في الترك تقوية لهم وفي العقر تعذيبا ومثلة والذبح للمصلحة جائز والحاق الغيظ بهم من اقوى المصالح وهو مندوب بالنص وانما تحرق لئلا ينتفع بها الكفار اكلا ولا تحرق قبل الذبح لانه لا يعذب بالنار الا ربها وقيد بالمواشي احترازا عن النساء والصبيان اللاتي يشق اخراجها فانها تترك في ارض خربة حتى يموتوا جوعا وعطشا كما في البحر (ويحرق سلاح شق نقله) وما لا يحترق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم وفي التنوير وجد المسلمون حية او عقربا في رحالهم ثمة ينزعون ذنب العقرب وانياب الحية بلا قتل لهما قطعا للشر عنهما عن المسلمين ماداموا في دار الحرب وابقاء لنسلهما (ولا تقسم غنيمة في دار الحرب) وهو المشهور من مذهب اصحابنا لانهم لا يملكونها قبل الاحراز وعن ابي يوسف الاحب ان يقسم وقيل يكره كراهة تحريم عندهما وكراهة تنزيه عند محمد والحاصل ان كان هو الامام او كان القسمة عن اجتهاد فالخلاف في الكراهة والا ففي النفاذ وعند الشافعي يملكونها بعد استقرار الهزيمة وتبنى على هذا مسائل كثيرة منها اذا اتلف واحد شيئا من الغنيمة في دار الحرب لا يضمن عندنا خلافا له ومنها لو مات واحد من الغانمين ثمة لا يورث نصيبه عندنا خلافا له ومنها لو قسم الامام الغنيمة لا عن اجتهاد ولا لحاجة الغزاة لا يصح عندنا خلافا له ومنها لو وطئ واحد من الغزاة امة من السبي فولدت لا يثبت نسبه عندنا بل الامة والولد والعقر للغزاة يقسمونها كما في اكثر المعتبرات لكن في الكافي نفي لزوم العقر بوطئها تتبع (الا للايداع) اي قسمة ايداع بان لم يكن للامام ما يحمل الغنيمة فاودعها الغانمين ليخرجوها الى دار الاسلام باجر المثل ثم يقسمها ولا يجبرهم على ذلك في رواية السير الصغير وفي الكبير اجبرهم على ذلك لانه دفع ضرر عام بتحميل ضرر خاص (ثم ترد ولا تباع قبل القسمة) لعدم ثبوت الملك قبل الاحراز وبعده نصيبه مجهول جهالة فاحشة فلا يمكنه ان يبيعه خلافا للشافعي (والمقاتل والردء) بكسر الراء وسكون الدال معين المقاتلين بالخدمة وقيل المقاتلة بعد المقاتلين ويغرب منهم وهو في الاصل الناصر (سواء في استحقاق) (الغنيمة) لتحقق المشاركة في السبب وهو المجاوزة عندنا وشهود الوقعة عند الشافعي فعلى هذا اذا لم يقاتل لمرض او غيره لا يستوي عنده (وكذا مدد) وهو الذي يرسل الى الجيش ليزدادوا وفي الاصل ما زاد به الشيء ويكثر (لحقهم) اي العسكر في دار الحرب ولو بعد القتال (قبل احرازها) اي الغنيمة (بدارنا) يعني يشارك المدد بهم في الغنيمة وقال الشافعي لا يشاركونهم بعد القتال وفيه اشارة الى انه لو فتح الامام مع العسكر بلدا من بلدانهم او احرز المغنم بدارنا او قسم في دارهم عن اجتهاد او باع فيها ثم لحقهم مدد لا يشاركهم والى انه لو قاتلهم في دارنا كان للمقاتل والمستعين لا المدد لحقه بعد القتال (ولا حق فيها) اي في الغنيمة (لسوقي لم يقاتل) لانه تاجر فان قاتل فكالمقاتل وعند الشافعي في قول يسهم لهم (ولا) حق فيها (لمن مات) قبل قسمة او بيع (في دار الحرب قبل الاحراز بدارنا ولو بعد الاحراز يورث نصيبه) ولو قبل القسمة لتحقق سبب الملك بعده

خلافا للشافعي وفي البحر وصرحوا في كتاب الوقف ان المعلوم المستحق لايورث بعده على احد القولين وفي قول يورث ولم ار ترجيحا وينبغي ان يفصل فان مات بعد خروج الغلة واحرازالناظر لها قبل القسمة يورث نصيب المستحق لتأكد الحق فان الغنيمة بعد الاحراز بدارنا يتأكد فيها للغانمين ولاملك لواحد بعينه في شئ قبل القسمة مع ان النصيب يورث فكذا في الوظيفة وان مات قبل الاحراز في يد المتولي لايورث نصيبه سواء مات في نصف السنة او في آخرها وقيدنا بقبل قسمة او بيع لانه اذا مات بعد القسمة او البيع ثمه فانه يورث نصيبه كما في التاتارخانية فعلى هذا الوقيد لكان اولى تدبر (وينتفع) على صيغة المبني للمفعول اي ينتفع الغانم منها فلا ينتفع التاجر والداخل بخدمة الجندي باجر الا ان يكون خبز الحنطة او طبخ اللحم فلا بأس به لانه ملكه بالاستهلاك ولو فعلوا لاضمان عليهم (منها) اي الغنيمة في دار الحرب (بلا قسمة بالسلاح والركوب واللبس ان احتيج) اي ان احتاج الى السلاح بان لم يجد سلاحا آخر او الى دابة الغنيمة او ثوبها بان لم يجد دابة اخرى او ثوبا آخر يجوز استعمال سلاحها وركوب دابتها ولبس ثوبها والا لا (و) ينتفع (بالعلف والحطب والدهن والطيب مطلقا) اي سواء وجد الاحتياج اولا وفي الكافي وغيره ولابأس بان يعلف العسكر دوابهم في دار الحرب ويأكلوا ماوجدوا من الطعام كالخبز واللحم ومايستعمل فيه كالسمن والزيت ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويعلفوا به الدابة لان الحاجة تمس اليها ويجوز للغني والفقير وكل ذلك بلا قسمة ثم شرط الحاجة في السير الصغير حتى لو كان بلا حاجة كما في الثياب والدواب ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الائمة الثلثة وعن هذا قال (وقيل ان احتيج) ينتفع بالاشياء المذكورة والالا وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولاتحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب بخلاف السلاح والدواب لايستصحبهما فلم يوجد دليل الحاجة كما في اكثر المعتبرات وقيد جواز الانتفاع بما ذكر في الظهيرية بما اذا لم ينههم الامام عن الانتفاع بالمأكول والمشروب واما اذا نهيهم عنه فلايباح لهم الانتفاع به انتهى لكن ينبغي ان يقيد بما اذا لم تكن حاجتهم اليه والا لايعمل نهيه كما في البحر (لا) ينتفع (بالبيع اصلا) لانعدام الملك قبل الاحراز (ولا التمول) اي اتخاذ الغنيمة مالا لنفسه وفي العناية لايجوز ان يبيعوا بالذهب والفضة ولايتمولونه اي يبيعونه بالعروض (ولا) ينتفع (بعد الخروج) من دار الحرب قبل القسمة (بل يرد مافضل) مما كان ينتفع به من العلف وغيره (الى الغنيمة) لزوال حاجته وكلمة بل هنا للترقي اي لاينتفع بها بعد الخروج الى دار الاسلام بل عليه ان يرد مافضل الى الغنيمة (وان انتفع به) اي بما فضل بعد الخروج (رد قيمته) الى الغنيمة وعن الشافعي لايرده كالمتلصص (وان قسمت) الغنيمة (قبل الرد) اي قبل رد مافضل (تصدق به) ان قائما وبقيمته ان هالكا على الفقراء (او) كان (غنيا) وينتفع ان كان فقيرا (ومن اسلم منهم) اي من الحربي ثمه (قبل اخذه) اي اخذ الغزاة اياه (احرز نفسه وطفله) لانه صار مسلما تبعا فلايجوز قتلهم واسترقاقهم (و) احرز (كل مال) اي من المنقول (هو معه) اي في يده الحقيقة عليه (او وديعة عند مسلم او ذمي) لانه في يده حكما وفي البحر ولو اسلم بعد ما اخذ اولاده الصغار وماله ولم يؤخذ هو حتى لو اسلم احرز باسلامه نفسه فقط (وعقاره فئ) عندنا وقال الشافعي هو له لانه في يده كالمنقول ولنا ان العقار ليس في يده حقيقة لان الدار في يد السلطان واهل الدار (وقيل فيه) اي في العقار (خلاف محمد وابي يوسف في قوله الاول) اي قال بعضهم هذا قول الامام وقول ابي يوسف الآخر وفي قول محمد وقول ابي يوسف الاول العقار كغيره من الاموال (وولده) مبتدأ خبره قوله الآتي فئ (الكبير) لانه كافر حربي لاتبعه (وزوجته) لانها كافرة حربية لاتتبعه (وحملها) لانه جزؤها فيسترق

برقبها خلافا للشافعي (اوعبده المقاتل) لانه لقتاله صار متمردا على مولاه وملحقا باهل الدار وكذا امته المقاتلة ولو كانت حبلى فهي والجنين فئ كما في البحر وفيه اشارة الى ان من لم يقاتل ليس بفئ (وماله مع حربي بغصب اووديعة فئ) لان يده ليست بمحترمة فيكون فيئا في ظاهر الرواية (وكذا ماله مع مسلم اوذمي بغصب) عند الامام لان يده ليست كيد المالك فيكون فيئا (خلافا لهما) لان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام (وقيل ابو يوسف) في هذه (مع الامام) وحاصله ان هذا يكون فيئا عند الامام فقط خلافا لهما في رواية وفي رواية اخرى ان هذا يكون فيئا عند الشيخين خلافا لمحمد قيد بالحربي اذا اسلم لان المسلم اوالذمي اذا دخل دار الحرب بامان فاصاب مالا ثم ظهرنا على الدار فحكمه حكم من اسلم في دارهم في جميع ما ذكرنا الا في حق مال في يد حربي في رواية ابي سليمان وهو الاصح لان العصمة كانت ثابتة لهذا المال تبعا للمالك فلا يزول وفي رواية ابي حفص يكون فيئا ولو غاروا عليها ولم يظهروا فكذلك الحكم عند محمد وعند الامام يصير جميع ماله فيئا الا نفسه واولاده الصغار

﴿ فصل ﴾

في كيفية القسمة افردها بفصل على حدة لكثرة شعبها والقسمة جمع نصيب شايع في محل معين (وتقسم الغنيمة) اي يجب على الامام ان يقسم الغنيمة ويخرج خمسها اولا لقوله تعالى فان لله خمسه ويقسم الاربعة الاخماس على الغانمين للنصوص الواردة وعليه الاجماع وعن هذا قال (للراجل) اي لا فرس معه سواء كان معه بعير او بغل اولم يكن (سهم وللفارس سهمان) عند الامام وزفر (وعندهما) وهو قول الائمة الثلثة وابي الليث وابي ثور واكثر اهل العلم للفارس (ثلثة) اسهم له (سهم ولفرسه سهمان) لما روي عن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم اسهم للفارس ثلثة اسهم سهما له وسهمين لفرسه وله ما روى انه صلى الله تعالى عليه وسلم اسهم للفارس سهمين سهما له وسهما لفرسه فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله صلى الله تعالى عليه وسلم للفارس سهمان وللراجل سهم (ولا يسهم لاكثر من فرس) واحد عند الطرفين (وعند ابي يوسف يسهم لفرسين) لانه عليه الصلاة والسلام اسهم زبيرا خمسة اسهم ولهما انه عليه الصلاة والسلام لم يسهم يوم خيبر لصاحب الافراس الا لفرس واحد وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل (والبراذين) جمع البرذون وهو خيل العجم (كالعتاق) بكسر العين جمع عتيق وهو فرس جواد وانما استويا لان ارهاب العدو يضاف الى جنس الخيل وهو شامل للبراذين والعراب والهجين والمقرف ولان في البرذون قوة الحمل والصبر وفي العتيق قوة الطلب والسفر فكل منهما حسن المنفعة (ولا يسهم راحلة) وهي التي تحمل عليها الحمل (ولا بغل) لانه لا يقاتل عليهما ولا يصلح للطلب والهرب (والعبرة لكونه فارسا اوراجلا عند المجاوزة) اي مجاوزة مدخل دار الحرب لا شهود الوقعة عندنا خلافا للائمة الثلثة (فينبغي الامام) اونائبه (ان يعرض الجيش عند دخوله دار الحرب ليعلم الفارس من الراجل) حتى يقسم الغنائم بينهم بقدر استحقاقهم (فمن جاوز) مدخل دار الحرب هذا تفريع لمذهبنا (راجلا فاشترى فرسا) بعد المجاوزة وشهد الوقعة (فله سهم راجل) وروى ابن المبارك عن الامام ان له سهم الفارس (ومن جاوز فارسا فنفق) اي هلك (فرسه) فشهد الوقعة راجلا (فله سهم فارس) هذا عندنا وعند الائمة الثلثة يعتبر كونه فارسا اوراجلا حال انقضاء الحرب لانه سبب الاستحقاق اما المجاوزة فوسيلة الى السبب فلا يعتبر كالخروج من البيت ولنا ان المجاوزة اقوى الجهاد لان الارهاب بها يلحقهم ولهذا يحتاج الى شوكة وجيش عظيم والجهاد يكون بالارهاب كما يكون بالقتل هذا في عدم المضايق اما لو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان استحق سهم الفارس بالاتفاق وكذا لو كان في السفينة لتهيئه للقتال فارسا وهو كالمباشرة (ولو باعه) اي الفرس بعد المجاوزة (قبل القتال) اوحال القتال على الاصح اما لو باعه بعد الفراغ من القتال

لم يسقط سهم الفرسان (او وهبه اوآجره اورهنه فله سهم راجل في ظاهر الرواية) لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يقصد بالمجاوزة القتال فارسا الا اذا باعه مكرها وعن الامام انه فارس للمجاوزة وفي المنح او غصب فرسه منه قبيل الدخول فدخل راجلا ثم استرده فيها فله سهم فارس وكذا لو ركب عليه غيره ودخل دار الحرب اونفر الفرس فاتبعه ودخل راجلا وكذا اذا ضل منه ودخل راجلا ثم وجده فيها لا يحرم من سهم الفارس ولو وهبها و دخل راجلا ودخل الموهوب له فارسا ثم رجع فيها استحق الموهوب له في الغنيمة سهم الفارس فيما اصابه قبل الرجوع وسهم الراجل فيما اصاب بعده والراجع راجل مطلقا (وكذا لو كان) الفرس (مريضا اومهرا لا يقاتل عليه) لانه لا يقصد به القتال الا اذا زال المرض وصار بحال يقاتل عليه قبل الغنيمة فانه يسهم له استحسانا وكذا من كان فرسه مريضا بعد المجاوزة بخلاف ما اذا طال المكث في دار الحرب حتى بلغ المهر وصار صالحا للركوب فقاتل عليه لا يستحق سهم الفرسان (ولا يسهم لمملوك) لانه مشغول بخدمة سيده فيمنعه من الخروج الى الجهاد (اومكاتب) لانه كالعبد اذ الرق قائم وتوهم عجزه ثابت فيمنعه من الخروج اليه (اوصبي اوامرأة) لانهما عاجزان عن القتال ولهذا لا يلحقهما فرض الخروج (او ذمي) لانه ليس باهل الجهاد وكلمة او في قوله او مكاتب الى هنا غير مناسب بل الاولى الواو (بل يرضخ) بالضاد والخاء المعجمتين اي يعطي شيئا قليلا من اربعة الاخماس (لهم بحسب ما يرى) الامام تحريضا على القتال وانحطاطا لرتبتهم (ان قاتلوا اوداوت المرأة الجرحى او دل الذمي على عوراتهم) اي مستوراتهم (و) دل والواو بمعنى او والا يلزم ان لا يرضخ له ان دل على عوراتهم فقط او على الطريق فقط فليس كذلك تدبر (على الطريق) فلا يرضخ العبد اذا لم يقاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر الا ان يكون مأذونا بالقتال وقاتل فينبغي ان يكون له السهم الكامل وكذا الصبي لانه مفروض بان يكون له قدرة عليه والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن القتال فتقوم اعانتها مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر عليه والذمي انما يرضخ له اذا قاتل اودل لان فيه منفعة للمسلمين ولا يبلغ بالرضخ السهم الا في الذمي اذا دل لانه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل كما في اكثر المعتبرات لكن فيه كلام لانه لا وجه لتخصيص حكم الدلالة بالذمي لان العبد وغيره ايضا اذا دل يعطى له اجرة الدلالة بالغا ما بلغ الا ان يقال ذكر الذمي اتفاقي تأمل وفيه اشعار الى انه يجوز الاستعانة بالكافر على القتال اذا دعت الحاجة الى ذلك كما في البحر (والخمس) من الغنيمة يكون (لليتامى والمساكين وابن السبيل) اي يقسم الخمس على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل وتدخل فقراء ذوي القربى فيهم فيصرف الى جميعهم او بعضهم كما في المنح وغيره و(يقدم عليهم منهم ذوي القربى الفقراء) اي اقرباء النبي عليه السلام من بني المطلب وبني هاشم دون بني نوفل و عبد شمس فيقدم اليتيم منهم على اليتيم من غيرهم والمسكين على المسكين وابن السبيل على ابن السبيل (ولا حق فيهم) اي في الخمس (لاغنيائهم) اي لاغنياء ذوي القربى عندنا فقال لهم خمس الخمس يستوي فيه فقيرهم وغنيهم للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى ولذي القربى مطلقا من غير فصل ولنا ان الخلفاء الراشدين قسموها على ثلثة على نحو ما ذكرنا وكفى بهم قدوة وقال عليه الصلاة والسلام يا معشر بني هاشم ان الله كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة والعوض انما ثبت في حق من ثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه الصلاة والسلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه صلى الله تعالى عليه وسلم قال فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه و بهذا تبين ان المراد بالنص قرب النصرة لا قرب القرابة هكذا قول الكرخي و قال الطحاوي فقيرهم ايضا محروم و في الحاوي القدسي وعن ابي يوسف ان الخمس يصرفه لذوي القربى و اليتامى وابن السبيل

وبه نأخذ وقال صاحب البحر هذا يقتضي ان الفتوى على الصرف الى الاقرباء الاغنياء فليحفظ (وذكره تعالى) حيث قال فان لله خمسه (للتبرك) كما قال عامة اصحابنا وقال بعض اصحابنا انه لعمارة البيت الحرام ان كانت القسمة بقربه والى عمارة الجامع في كل بلدة هي في القرب من موضع القسمة (وسهم النبي عليه الصلوة والسلام سقط بموته) لانه كان يستحقه بالرسالة ولا رسول بعده وقال الشافعي يصرف الى الخليفة والحجة عليه ما قدمنا (كالصفي) اى كسقوط الصفي بفتح الصاد وكسر الفاء وتشديد الياء هو شئ نفيس كان يصطفيه لنفسه النفيسة من الغنيمة كدرع او سيف او فرس او امة (وان دخل دار الحرب من لا منعة له بلا اذن الامام لا يخمس ما اخذوا) يعني ان دخل دار الحرب واحد او اثنان او ثلثة مغيرين بلا اذن الامام لا يخمس لان اخذهم حينئذ يكون اختلاسا وسرقة لا قهرا وغلبة (وان كان) الدخول (باذنه) اى الامام (او لهم) اى للداخلين (منعة) وان لم باذن الامام (خمس) ما اخذوا منهم لانه مأخوذ على وجه الغلبة والقهر لا الاختلاس والسرقة فكان غنيمة هذا في المنعة ظاهر اما في الاذن فالمشهور انه يخمس لانه لما اذن الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة كما في اكثر المعتبرات لكن في المضمرات انه لو اغار ثلثة واذن لا يخمس في ظاهر الرواية وعن محمد انه لم يخمس الا اذا بلغوا تسعة (وللامام) اى ندب للامام (ان ينفل) والتنفيل اعطاء الغزاة شيئا زائدا على سهمهم حثا على القتال (قبل احراز الغنيمة وقبل ان تضع الحرب اوزارها) اى آلاتها واثقالها التي لا تقوم الا بها كالسلاح والكراع وقيل آثامها والمعنى حتى تضع اهل الحرب شركهم ومعاصيهم وهو كناية عن انقضاء الحرب وهذا اقتباس من القرآن (فيقول) الامام هذا تفسير للتنفيل (من قتل قتيلا) اى مقتولا باعتبار ما يؤل اليه (فله سلبه او يقول (من اصاب) شيئا (فله ربعه) مثلا (او يقول لسرية جعلت لكم الربع بعد) ما رفع (الخمس) وفي التبيين قوله بعد الخمس ليس على سبيل الشرط ظاهر لانه لو نفل بربع الكل جاز وانما وقع ذلك اتفاقا الا يرى انه لو نفل السرية بالكل جاز فهذا اولى وفي التنوير ويستحق الامام لو قال من قتل قتيلا فله سلبه اذا قتل هو استحسانا بخلاف من قتلته انا فلي سلبه للتهمة الا اذا عمم بعده كما في البحر ولو خاطب واحدا فقتل المخاطب رجلين فله سلب الاول خاصة الا اذا قتلهما معا فله سلب واحد والخيار في تعيينه للقاتل لا للامام ولو على العموم فقتل رجل اثنين فاكثر استحق سلبهما ثم استحقاق السلب اذا كان القتيل مباح الدم فلا يستحقه بقتل النساء وغير المكلفين الا اذا قاتل صبي فقتله استحق سلبه ويستحقه بقتل المريض والاجير منهم والتاجر في عسكرهم والذمي الذي نقض العهد وخرج اليهم كما يستحق السلب من يستحق السهم او الرضخ فشمل الذمي والتاجر والمرأة والعبد (ولا ينفل) اى لا ينبغي للامام ان ينفل (بكل المأخوذ) بان يقول للعسكر كل ما اخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس او للسرية لم يجز لان فيه ابطال السهمين اللذين اوجبهما الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص كما في اكثر المعتبرات لكن في الفتح كلام فليطالع وفي الهداية وان فعله مع السرية اى قال ما اصبتم فلكم جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه (ولا بعد الاحراز) اى لا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير تأكد فيه بالاحراز وكذا لا ينفل يوم الفتح اذ فيه ابطال حق الغير (الا من الخمس) اى يجوز التنفيل بعد الاحراز من الخمس الا للغني لان الخمس للمحتاج كما في القهستاني وغيره لكن قال في البحر تصريحهم بانه تنفيل يدل على جوازه للغني تدبر (والسلب) بفتحتين بمعنى المسلوب اى ما ينزع من الانسان وغيره (للكل) اى للجيش الجند (ان لم ينفل) الامام فالقاتل وغيره فيه سواء عندنا خلافا للشافعي (وهو) اى السلب (مركبه) اى مركب المقتول (وما عليه) اى على المركب من السرج والآلة وما على

الدابة من ما فى حقيبته او وسطه (وثيابه وسلاحه وما معه) من المال (لا ما مع غلامه على دابة اخرى)
ولا ما كان على فرس آخر فليس بسلب وهو غنيمة لجميع الجيش وفى المحيط لو قال من قتل قتيلا فله فرسه
فقتل رجل راجلا ومع غلامه فرس يقرب منه يكون فرسه للقاتل لان مقصود الامام قتل من كان
متمكنا من القتال فارسا بخلاف ما اذا لم يكن بجنبه (والتنفيل لقطع حق الغير لا للملك) واما الملك
فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام كسائر الغنائم وهذا عند الشيخين (خلافا لمحمد) فانه قال يثبت به
الملك كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب (فلو قال) الامام هذا تفريع على هذا الاختلاف (من اصاب
جارية فهى له لا يحل لمن اصابها الوطئ) بعد الاستبراء (ولا البيع قبل الاحراز) بدار الاسلام
عند الشيخين (خلافا له) اى لمحمد بناء على ثبوت الملك خلافا لهما والشراء من الحربى ووجوب
الضمان بالاتلاف قيل على هذا الاختلاف كما فى الهداية ﴿باب استيلاء الكفار﴾ لما فرغ
من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع فى بيان حكم استيلائهم علينا وهو شامل لشيئين استيلاء بعضهم
واستيلائهم على اموالنا فقدم الاول فقال (اذا سبى الترك) اى كفار الترك بالضم جيل من الناس
والجمع اتراك كما فى القاموس فعلى هذا من قال جمع التركى فقد خالف ما فى القاموس تدبر (الروم) اى
نصارى الروم بدار الحرب والروم بالضم جمع الرومى (واخذوا) اى الترك (اموالهم) اى اموال الروم
(ملكوها) لان الاستيلاء قد تحقق فى مال مباح وهو السبب لان الكلام فى كافر استولى على كافر
آخر او على ماله فى دار الحرب لانا كافر يملك بمباشرة سبب كالاحتطاب والاصطياد وكذا بهذا
السبب كما فى التبيين وغيره فعلى هذا لو قيده بدار الحرب كما قيدنا لكان اولى لانه لو اسر الترك امرأة
من الروم فاسلمت قبل ان يدخلوها دارهم كانت حرة ولو استولى كفار الترك والهند على الروم
واحرزوها بالهند ثبت الملك لكفار الهند كما فى القهستانى (ونملك ما وجدنا من ذلك) اى من الذى
سباه الترك من الروم واخذوه من اموالهم (اذا غلبنا عليهم) اى على الترك لانهم ملكوه فصار
كسائر اموالهم (وان غلبوا) اى الكفار (على اموالنا واحرزوها) اى اموالنا (بدارهم) اى
بدار الحرب (ملكوها) وقال الشافعى لا يملكونها وهذا الخلاف مبنى على ان الكفار مخاطبون
بالشرائع عنده فتصير اموالنا معصومة فى حقهم فلا يملكونها بالاستيلاء وغير مخاطبين عندنا فلا تصير
اموالنا معصومة والاستيلاء على مال غير معصوم موجب للملك (وكذا) يملكون عندنا (اوند)
اى نفر (منا اليهم بعير) لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا والتقييد
بالبعير اتفاق وانما المقصود الدابة كما عبر بها فى المحيط فعلى هذا ان الاولى ان يعبر بالدابة تدبر
(فاذا ظهرنا) اى غلبنا (عليهم) بعونه تعالى (فمن وجد) منا (ملكه) فى يد الغانمين
بعد الاستيلاء (اخذه) مطلقا اى سواء كان مثليا او قيميا (قبل القسمة) اى قسمة الامام الغنائم
(مجانا) اى اخذه بلا شئ (و بعدها) اى لو وجد ملكه بعد قسمة الامام الغنائم (ان كان)
ما وجده (مثليا) المثلى يدخل تحت الكيل والوزن والعدد كما سيجئ ان شاء الله تعالى (لا يأخذه)
لانه لا فائدة فى اخذه لوجود مثله (وان كان) ما وجده (قيميا) القيمى خلاف المثلى (اخذه
بالقيمة) ان شاء لورود الاثر ولانه زوال ملك المالك القديم بغير رضاه وكان له حق الاخذ نظرا له
ما لم يتعلق به حق غيره بعينه فاذا تعلق يأخذه بالقيمة نظرا للجانبين والمراد من القسمة قسمة الغنيمة
بين الغانمين كما فى عامة المعتبرات فعلى هذا من حمل القسمة على قسمة الكفار فقد اخطأ تأمل
(وان اشتراه) اى فى دار الحرب (منهم) اى من العدو (تاجر واخرجه) الى دار الاسلام
(وهو قيمى يأخذه) المالك القديم (بالثمن ان اشتراه به) اى بثمنه الذى اشترى به التاجر من العدو
ان شاء ولا يأخذ منه مجانا لانه يتضرر التاجر باخذه مجانا (وان اشتراه بعرض فقيمة العرض) اى
يأخذه المالك القديم بقيمة العرض ولو كان البيع فاسدا يأخذه بقيمة نفسه ولو اختلف المالك والمشترى

منهم فى قدر الثمن فالقول قول المشترى بيمينه الا ان يقيم المالك البينة كما فى البحر (وان وهبه له فبقيمته)
اى او وهب وهو لمسلم فاخرجه الى دار الاسلام اخذه المالك بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة
(ومثله) اى مثل القيمى (المثلى فى اشترائه بثمن او عرض) يعنى لو اشترى التاجر مثليا بثمن او عرض
يأخذه المالك القديم بذلك الثمن او العرض ان شاء (وان اشتراه) اى مثليا (بجنسه او وهب له)
اى وهب له واخرجه الى دار الاسلام (لا يأخذه) لانه غير مفيد وفى البحر وغيره ولو اشتراه بمثله
قدرا و وصفا فانه لا يأخذه لعدم الفائدة سواء كان البيع صحيحا او فاسدا بخلاف ما اذا كان باقل منه
قدرا او باردى منه وصفا فان له ان يأخذه لانه يفيد فلو كان اشتراه بمثله نسيئة فليس للمالك اخذه
ولو اشتراه بخمر او خنزير لم يكن للمالك اخذه باتفاق الروايات انتهى فعلى هذا ظهر خلاف ما قيل
من انه لو اشتراه بخمر او خنزير يأخذه منهم بقيمته ان شاء كما لو ملك بالهبة (وان كان) ما اشتراه
التاجر (عبدا ففقئت عينه فى يد التاجر واخذ) التاجر (ارشها يأخذه) المالك القديم (بكل الثمن)
الذى اخذ التاجر به من العدو (ان شاء) اى لا يحط شئ من الثمن ولا يأخذ المالك الارش اما الاول
فلان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن واما الثانى فلان الملك فى الارش صحيح فلو اخذه اخذه
بمثله فلا يفيد (وان اسروه من يد التاجر فشراه) تاجر (آخر) يعنى عبد لرجل اسره العدو
فاشتراه رجل فاخرجه الى دارنا ثم اسره العدو ثانيا فاشتراه رجل آخر فاخرجه الى دارنا (يأخذه
المشترى الاول منه) اى من المشترى الثانى (بثمنه) اى الثمن الذى اخذ التاجر الثانى به من العدو
(ثم) يأخذ (المالك) القديم (منه) اى من المشترى الاول (بالثمنين) اى الثمن الذى
اشتراه به الاول من العدو والذى اشتراه به الثانى من العدو ان شاء لان المشترى الاول قام عليه
بالثمنين احدهما بالشراء الاول والثانى بالتخليص من المشترى الثانى (وليس له) اى للمالك القديم
(اخذه) اى اخذ العبد (من المشترى الثانى) قبل اخذ الاول من الثانى ولو كان الاول غائبا لورود
الاسر على ملك الاول لا على ملك القديم (ولا يملكون) اى الكفار بالاستيلاء التام والاحراز
بدارهم (حرنا ومدبرنا وام ولدنا ومكاتبنا) لان الملك بالاستيلاء انما يثبت اذا ورد على مال مباح
والحر معصوم بنفسه فلا يكون رقا وكذا من سواه لثبوت الحرية فيه من وجه (ونملك عليهم
كل ذلك) اى حرهم ومدبرهم وام ولدهم ومكاتبهم للاستيلاء على مباح فلو اهدى ملك من اهل
الحرب الى مسلم هدية من احرارهم ملكه الا اذا كان قرابة له كما فى القهستانى (ولا يملكون عبدا)
او امة (ابق اليهم) هذا عند الامام والشافعى لان الابق لما انفصل عن دارنا زالت يد المالك عنه
فظهر يده على نفسه فصار معصوما فلم يبق محلا للملك وفى اطلاق العبد اشعار بان عبد المسلم والذمى
سواء كما فى العناية لكن فى اكثر الكتب فيه قولان (فيأخذه مالكه بعد القسمة مجانا ايضا) اى كما يأخذه
مالكه قبل القسمة (لكن يعوض عنه من بيت المال) لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين
وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الابق لانه عامل لنفسه اذ فى زعمه انه ملكه (وعندهما
هو) اى العبد الابق اليهم (كالمأسور) فيملكونه بالاستيلاء لان العصمة لحق المالك لقيام يده
وقد زالت ولهذا لو اخذ و من دار الاسلام ملكوه قيد بالاباق لانه اذا كان مترددا فى دار الاسلام
فاخذوه واحرزوه بدار الحرب يملكونه اتفاقا وفى شرح الوقاية الخلاف فيما اخذوه قهرا وقيدوه
اما اذا لم يقهر فلا يملكونه اتفاقا انتهى فعلى هذا لو قال لا يملكون عبدا ابق اليهم فاخذوه قهرا
لكان اولى تدبر (وان ابق) العبد (بفرس او متاع فاشترى رجل ذلك كله) اى كل ما ذكرنا من العبد
والفرس والمتاع (واخرجه) الى دارنا (اخذ المالك ما سوى العبد بالثمن و) اخذ (العبد
مجانا) هذا عند الامام (وعندهما) اخذه (بالثمن ايضا) اى كما يأخذ الفرس والمتاع ان شاء
بناء على الاصل المذكور (وان اشترى) حربى (مستأمن) فى دارنا (عبدا مسلما وادخله دارهم عتق)

عندالامام وتقييد العبد بالاسلام اتفاقى لانه لوكان ذميا فعلى هذا الخلاف كما فى اكثر الكتب فعلى
هذا لواطلقه لكان اولى (خلافا لهما) اى لايعتق عندهما وعندالائمة الثلثة لان الواجب ان يجبر
على بيعه فقدزال اذلايدلنا عليهم فبقى عبدا فى ايديهم قلنا اذازالت ولاية الجبر اقيم الاعتاق مقامه
تخليصا للمسلم عن ايدى الكفار قيد بكون الحربى ملكه فى دارنا لان العبد المسلم اذا اسره
الحربى من دارالاسلام وادخله داره لايعتق اتفاقا (وان اسلم عبدلهم) اى للكفار (ثمه)
اى فى دارالحرب (فجاءنا) مسلما (اوظهرنا) اى غلبنا (عليهم اوخرج الى عسكرنا) مسلما (فهوحر)
فلايثبت الولاء من احد والتقييد باسلامه فى دارالحرب اتفاقى اذ لوخرج مراغما لمولاه فامن فى دار
الاسلام فالحكم كذلك بخلاف ما اذا خرج باذن مولاه اوبامره لحاجته فاسلم فى دارنا فان حكمه
ان يبيعه الامام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربى كما فى البحر

﴿ باب المستأمن ﴾

هو من
يدخل دارغيره بامان فشمل مسلما دخل دارنا بامان وكافرا دخل دارنا بامان وتقديم استيمان المسلم
على الكافر ظاهر (اذادخل تاجرنا اليهم) اى دخل مسلم الى دارالحرب (بامان لايحل له) اى
لتاجرنا المسلم المستأمن (ان يتعرض بشئ من مالهم اودمهم) لانه دخل بامان فالتعرض غدر
(فان) غدر بهم التاجر و(اخذشيئا واخرجه) من دارهم بطريق التعرض بدأ (ملكه) بالاستيلاء
ملكا (محظورا) اى خبيثا لانه حصله بالغدر حتى لو كانت جارية كره وطئها للمشترى كما للبائع
بخلاف ما اذا اشترى شراء فاسدا فانه لايكره وطئها الا للبائع (فيتصدق به) تنزها عنه (وان
غدربه) اى بالتاجر (ملكهم) اى ملك الكفار (فاخذماله اوحبسه) اى التاجر (اوفعل ذلك)
اى اخذ ماله اوحبسه (غيره) اى غير ملكهم (بعلمه) اى الملك ولم ينهه (حل له) اى للتاجر
(التعرض) لمالهم ودمهم لانهم نقضوا العهد فيباح له التعرض (كالاسير) والمتلصص
بالاجماع فانه يجوز له اخذ المال وقتل النفس وان اطلقوه طوعا لانه غير مستأمن دون استباحة
الفرج لانه لايباح الا بالملك ولاملك قبل الاحراز بدارنا الا اذا وجد امرأته المأسورة اوام ولده
ومدبرته ولم يطأ اهل الحرب لانه اذا وطئهن تجب العدة للشبهة بخلاف امته المأسورة حيث
لايحل وطئها مطلقا لانها مملوكة لهم (وان ادانه) اى باعه بالدين والمراد من الدين ماهو الاعم
من البيع بالدين والابتياع به اوالقرض (ثمه) اى فى دارالحرب (حربى اوادان) هو (حربيا) اى دخل
المسلم دارالحرب بامان فجعله الحربى مديونا بتصرف اوجعل الحربى مديونا بتصرف ما (اوغصب
احدهما من الاخر وخرجا) اى ذلك التاجر والحربى (الينا) وتحاكما عند حاكم (لا يقضى)
لواحد منهما على صاحبه (بشئ) اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة
اصلا ولا وقت القضاء عن المستأمن لانه ماالتزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك
فى المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذى غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم وقال
ابو يوسف يقضى بالدين على المسلم دون الغصب لانه التزام احكام حيث كان واجيب عنه بانه لما امتنع
فى حق المستأمن امتنع فى حق المسلم ايضا تحقيقا للتسوية بينهما (وكذا) لايقضى بشئ (اوفعل
ذلك حربيان) اى لوادان اوغصب احدهما من الاخر فى دارهم (وخرجا) الينا (مستأمنين)
لما ذكرنا (وان خرجا) اى الحربيان الينا بعد ما فعلا ذلك حال كونهما (مسلمين قضى بالدين)
لوقوع المداينة بتراضيهما والتزامهما الاحكام بالاسلام (لا بالغصب) لانه ملكه فلا خبث فى
ملك الحربى ليؤمر بالرد (ولو اسلم الحربى بعد ما غصبه) اى غصب منه (المسلم ثم خرجا) حال
كونهما مسلمين الينا (يفتى بالرد ديانة) ولايقضى عليه اقتصر على الغصب وسكت عن الافتاء
بقضاء الدين مع انه يفتى بان يجب عليه قضاء الدين فيما بينه وبين الله تعالى كما فى الفتح وفى البحر خرج
حربى مع مسلم الى العسكر فادعى المسلم انه اسيره وقال كنت مستأمنا فالقول للحربى الا اذا

قامت قرينة ككونه مكتوفا او مغلولا او كان مع عدد من المسلمين فيكون القول قول المسلم (وان قتل احد المسلمين المستأمنين الاخر ثمه) اى فى دار الحرب (فعليه الدية فى ماله) اى فى مال القاتل فى العمد والخطاء (والكفارة ايضا) اى تجب الكفارة كالدية (فى الخطاء) دون العمد لانها لاتجب عندنا فى العمد اما الكفارة والدية فى الخطاء فلاطلاق الكتاب وانما تجب فى ماله لان العاقلة لاقدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وانما تجب فى العمد فى ماله لان العواقل لايعقل العمد والقصاص قد سقط للشبهة فلا بد من الدية صيانة للدم المعصوم فتعين ان يكون ذلك من ماله وعن ابى يوسف ان عليه القود فى العمد (وان كانا اسيرين) فقتل احدهما صاحبه (فلاشئ الا الكفارة فى الخطأ) عند الامام (وعندهما) الاسيران (كالمستأمنين) اى تجب عليه الدية فى العمد والخطأ من ماله والكفارة فى الخطأ لان العصمة لاتبطل بالاسر كما لاتبطل بالدخول دارهم بالامان وله ان الاسير صار تبعا لهم بالقهر فلاتجب بقتله دية كاصله وهو الحربى بخلاف المستأمن فانه ليس بمقهور (ولاشئ فى قتل المسلم ثمه) اى فى دار الحرب (مسلما اسلم ولم يهاجر) الينا (سوى الكفارة فى الخطأ اتفاقا) عند ائمتنا وعند الائمة الثلثة يجب القصاص بقتله عمدا ويجب الدية بقتله خطأ

﴿فصل﴾ فى بيان ما بقى من احكام

المستأمن (لايمكن) من التمكين (مستأمن) حربى (ان يقيم فى دارنا سنة) لضرر الاطلاع علينا (ويقال) اى يقول الامام (له) اى الحربى المستأمن (ان اقمت سنة نضع عليك الجزية) اى المال الذى يوضع على الذمى وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة والاجماع وما وقع عن بعض ان فى ذلك تقرير الكافر على اعظم الجرايم وهو الكفر فردود بانه دعوة الى الاسلام باحسن الجهات وهو ان يسكن بين المسلمين فيرى محاسن الاسلام فيسلم مع دفع شره فى الحال كما فى القهستانى قيد بالسنة لانها اقصى المأرب وفيها يجب الجزية ولو منع عن مكثه فيما دونها لانسد باب التجارات وتضرر به المسلمون كما فى اكثر الكتب لكن يشكل بما سيأتى من انه لوقيل له ان اقمت شهرا آه الا ان يقال لامنافاة بينهما لان مرجع ذلك الى المصلحة والامام ادرى بها فاذا رأى المصلحة فى السنة وقت بها ومكنه من الاقامة اليسيرة التى هى دونها واذا رأى المصلحة فى ان يوقت بادونها نحو الشهرين فعل ومكنه من الاقامة دونها وانما الممنوع ان يمكن من اقامة دائمة وهى السنة ومافوقها ثم يمكن من الرجوع وهذا لاينافى كما فى المنح لكن هذا ليس بتام لانه لايتمشى قوله ولو منع عن مكثه فيما دونها لانسد باب التجارات وتضرر به المسلمون تأمل وقيد بالمستأمن لانه لو دخل دارنا بلا امان فهو وما معه فئ وان قال دخلت بامان لم يصدق الا ان يشهد رجلان (فان اقام) هنا (سنة) وقيل له ذلك (صار ذميا) لانه صار ملتزما الجزية بعد هذه المقالة باقامته سنة وفيه اشارة الى اشتراط القول والمدة لصيرورته ذميا كما دل عليه كلام العتابى وغيره فانه قال لو قام سنين من غير ان يتقدم الامام اليه فله الرجوع لكن فى كلام المبسوط دلالة على انه يصير ذميا بمجرد الاقامة سنة والاوجه الاول كما فى الفتح والى انه لاجزية عليه فى حول المكث لانه انما صار ذميا بعده فتجب فى الحول الثانى الا بشرط اخذها منه فيه والى انه يجرى القصاص بينه وبين المسلم ويضمن المسلم قيمة خمره وخنزيره اذا اتلفه وتجب الدية عليه اذا قتله خطأ ويجب كف الاذى عنه وتحرم غيبته كالمسلم كما فى البحر (ولايمكن من العود الى داره) لان عقد الذمة لاينقض لكونه خلفا عن الاسلام (وكذا) يصير ذميا (لوقيل) اى قال الامام (له) اى الحربى المستأمن (ان اقمت شهرا ونحو ذلك) نضع عليك الجزية (فاقام) المدة التى قدرها الامام (او اشترى ارضا ووضع عليه خراجها) اى خراج الارض لانه اذا وظف عليه فقد لزمه حكم يتعلق بالمقام فى دارنا فصار ذميا ضرورة ولايصير ذميا بمجرد الاشتراء لجواز ان يشتريها للتجارة وهو ظاهر الرواية

(وعليه جزية سنة من حين وضع الخراج) لما ذكرناه (او نكحت المستأمنة ذميا) لانها التزمت
المقام تبعا للزوج فتكون ذمية هذا عطف على قوله او اشترى او وقال او وصار لها زوج مسلم او ذمي
لكان اولى لانها لو تزوجت مسلما تكون ذمية ايضا ولان النكاح حقيقة في الوطئ عندنا وهو ليس
بشرط هنا الا ان يقال ان النكاح بمعنى العقد باضافته اليها ولانه يشمل ما اذا دخل المستأمن بامرأته
دارنا ثم صار الزوج ذميا فليس له الرجوع وكذا لو اسلم وهي كتابية ويشمل ما اذا تزوج مستأمن مستأمنة
في دارنا ثم صار الرجل ذميا كما في المنح تأمل (لا او نكح هو) اي المستأمن الحربي (ذمية) لعدم
التزامه المقام في دارنا لتمكنه من طلاقها لكن فيه كلام بين في شروح الهداية فليطالع (فان رجع
الى داره حل دمه) لصيرورته حربيا وظاهره انه لا فرق بين كونه قبل الحكم بكونه ذميا او بعده
لان الذمي اذا لحق بدار الحرب صار حربيا كما في البحر (وان كان له) اي المستأمن الراجع الى داره
(وديعة عند مسلم او ذمي او دين عليهما) اي على المسلم او الذمي (فاسر او ظهر عليهم) مبنيان
للمفعول اي اسر ذلك الراجع او ظهر المسلمون على دارهم فقتل (سقط دينه) لان اثبات اليد عليه
بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط (وصارت
وديعته) عند احدهما (فيئا) للغزاة تبعا لنفسه فصار كما اذا كانت في يده حقيقة وعن ابي يوسف
انها تصير ملكا للمودع لان يده فيها اسبق فكان بها احق ولم يذكر حكم الرهن قالوا والرهن
للمرتهن بدينه عند ابي يوسف وعند محمد يباع ويستوفي دينه والزيادة في للمسلمين وينبغي
ترجيحه لان ما زاد على قدر الدين في حكم الوديعة كما في البحر فعلى هذا لو قال وصار ماله فيئا لكان
اولى لانه لا يخص الوديعة لان ما عند شريكه ومضاربه وما في بيته في دارنا كذلك (وان قتل)
اي ذلك الراجع (ولم يظهر عليهم) اي على اهل الحرب (او مات) حتف انفه (فهما) اي الدين
والوديعة (لورثته) بالاجماع لان حكم الامان باق في ماله لعدم بطلانه (وان جاء) الينا (حربي
بامان وله زوجة هنالك) اي في دار الحرب (وولد) صغيرا وكبيرا (ومال عند مسلم او ذمي او حربي فاسلم
هنا) اي في دار الاسلام (ثم ظهر) اي ظهر المسلمون (عليهم) اي على اهل الحرب (فالكل)
من الزوجة والولد والمال (فيء) اما المرأة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون وليسوا باتباع
وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لانه جزؤها اما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما
تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله
لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا ولو سبي الصبي في هذه المسئلة الى
دار الاسلام يكون مسلما تبعا لابيه لانهما اجتمعا في دار واحدة ومع كونه مسلما لا يخرج عن الرق
(وان اسلم) اي الحربي (ثمه) اي في دار الحرب (ثم جاء) الينا (ثم ظهر عليهم) اي على اهل الحرب
(فطفله حر مسلم) تبعا لابيه (ووديعته عند مسلم او ذمي له) اي للذي اسلم ثمه لان يدهما كيده
(وغيره) من ولده الكبير والمرأة والعقار والوديعة التي عند حربي (فيء) لعدم التبعية وعدم
العصمة وفيه اشارة الى ان العين المغصوبة في يد المسلم او الذمي يكون فيئا لعدم النيابة وفي بعض
النسخ (ومن اسلم ثمه وله هنالك وارث مسلم فقتله مسلم عمدا او خطأ فلا شيء عليه الا الكفارة في
الخطأ) لكن ذكرت هذه قبيل هذا الفصل فتكون مكررة (واذا قتل مسلم لا ولي له خطأ او) قتل
(مستأمن اسلم هنا) اي في دارنا (فللامام اخذ الدية) اي حق الاخذ له لانه لا وارث له لا انه يملكه
الامام كما توهم بل يوضع لبيت المال (من عاقلة القاتل) لانه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر بسائر
النفوس المعصومة (وفي العمد له) اي للامام (اي يقتص) ان شاء (او يأخذ الدية) بطريق الصلح
ان شاء اي نظر فيه الامام فايهما رأى اصلح فعل (وليس له) اي للامام (العفو مجانا) لان تصرفه
مقيد بالنظر فلا يجوز له ابطال حق المسلمين بغير عوض وفي الدرر دار الحرب تصير دار الاسلام

باجراء احكام الاسلام فيها كاقامة الجمعة والاعياد وان بقي فيها كافر اصلي ولم يتصل بدار الاسلام بان كان بينها وبين دار الاسلام مصر آخر لاهل الحرب ويعكس اي يصير دار الاسلام دار الحرب بامور ثلثة باجراء احكام الشرك فيها واتصالها بدار الحرب بحيث لايكون بينهما مصر للمسلمين وان لايبقى فيها مسلم اوذمي آمنا بالامان الاول على نفسه هذا عند الامام وعندهما اذا اجروا فيها احكام الشرك صارت دار الحرب سواء اتصلت بدار الحرب اولا وبقي فيها مسلم اوذمي بالامان الاول اولا

﴿باب﴾ في بيان ﴿العشر والخراج﴾ لما ذكر مايصير به الحربي ذميا

شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب كل منهما هو الارض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الاسلامية كما في اكثر الكتب قال المولى سعدي عنون الباب بما ليس مقصودا منه وقد استفتحه البعض والعشر لغة واحد من العشرة والخراج مايخرج من نماء الارض اونماء الغلام وسمي به مايأخذه السلطان من وظيفة الارض والرأس وحدد اراضيهما اولا لانه حينئذ انضبط فقال (ارض العرب عشرية وهي) اي ارض العرب (مابين العذيب) بضم العين وفتح الذال تصغير عذب يراد به ماء تميم (الى اقصى حجر) وهو بالحاء المهملة والجيم المفتوحتين الصخر فمن روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد صحفه لانه وقع في امالي ابي يوسف الصخر موضع الحجر كما في الكفاية (باليمن بمهرة) بالفتح والسكون بدل من قوله باليمن وهي في الاصل اسم رجل اواسم قبيلة تنسب اليه الابل المهرية فسمي ذلك المقام به هذا طولها واما عرضها فهو مابين يبرين والدهناء ورمل عالج وهي اسماء مواضع (الى حد الشام) اي الى مشارق الشام وقراها لان النبي عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم لم يأخذوا الخراج من ارض العرب ولانه بمنزلة الفيء فلايثبت في اراضيهم كما لايثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشرك العرب لايقبل منهم الا الاسلام او السيف كما في الهداية (وكذا البصرة) باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وكان القياس عند ابي يوسف ان تكون البصرة خراجية لانها من جزء ارض الخراج الا ان الصحابة رضي الله تعالى عنهم وضعوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم قال الكرخي ارض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية عشرية (و) كذا (كل ما) اي الارض التي (اسلم اهله) وتذكير الضمير باعتبار لفظة ما (اوفتح عنوة وقسم بين الغانمين) لان اللايق بالمسلمين وضع العشر عليهم لانه عبادة حتى يصرف مصارف الصدقات ويشترط فيه النية ولانه اخف من الخراج لتعلقه بحقيقة الخارج بخلاف الخراج (وارض السواد) اي سواد العراق سمي به لخضرة اشجارها وزرعها (خراجية) لان عمر رضي الله تعالى عنه وضع عليها الخراج بحضرة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم وهو اشهر من ان ينقل فيه اثر معين و وضع الخراج على مصر حين فتحها عمرو ابن العاص وكذا اجمعوا على وضع الخراج على الشام (وهي) اي ارض السواد (مابين العذيب) بدل من السواد (الى عقبة حلوان) بضم الحاء اسم بلد (ومن الثعلبية) بفتح الثاء المثلثة وسكون العين المهملة (والعلث) بفتح العين المهملة وسكون اللام وبالثاء المثلثة قرية موقوفة على العلوية على شرقي دجلة وهو اول العراق (الى عبادان) بتشديد الباء الموحدة حصن صغير على شط البحر وفي المغرب ووضع الثعلبية موضع العلث في حد السواد خطأ لانها من منازل البادية كما في الغاية فعلى هذا لو اخره وعنونه بقيل لكان اولى (وكذا) في كونها خراجية (كل ما) اي ارض (فتح عنوة واقر اهله عليه) وتذكير ضميرها على مامر باعتبار لفظة ما (اوصولحوا) اي صالح الامام مع اهلها ان يقرهم عليها ولم ينقلهم الى موضع آخر لان اللايق بالكفار ابتداء الخراج (سوى مكة) فانها فتحت عنوة واقر اهلها عليها الا انه عليه الصلاة والسلام لم يوظف على اراضيها الخراج وتركها لاهلها

﴿وكما﴾

وكالارق على العرب فكذا لاخراج على اراضيهم واطلق المصنف فيما اقر اهله عليه تبعا للقدوري وقيده في الجامع الصغير على ما في الهداية بان يصل اليها ماء الانهار فتكون خراجية وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج انتهى لكن في الفتح تفصيل وحاصله ان التي فتحت عنوة ان اقر الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار فلهذا قال في التبيين هذا في حق المسلم اما الكافر فيجب عليه الخراج من اي ماء سقى لان الكافر لا يبتدأ بالعشر فلا يتأتى فيه التفصيل في حالة الابتداء اجماعا وانما الخلاف فيه في حالة البقاء فيما ملك ارضا عشرية فتصير خراجية عند الشيخين ايضا خلافا لمحمد فعلى هذا علم ان صاحب الهداية اختار قول محمد في حالة البقاء تدبر (وارض السواد مملوكة لاهلها) عندنا خلافا للشافعي فان عنده وقف على المسلمين واهلها مستأجرون لان عمر رضي الله تعالى عنه استطاب قلوب الغانمين فاجرها لكن في التبيين رد من وجوه فليطالع (يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) لانها مملوكة لهم ولم يتعرض لكون الاراضي العشرية مملوكة لاهلها لكن اذا كانت الخراجية مملوكة فكون العشرية مملوكة اولى هذا مشهور في الكتب الفقهية لكن افتى بعض المتأخرين بان ما وراءهما ارضا ليست بعشرية ولا خراجية بل يقال لها الارض المملكية واشتهرت بالارض الاميرية وهي الارض التي فتحت عنوة او صلحا لكن لم تملك لاهلها بل احرزت لبيت المال ثم اوجرت باجارة فاسدة بشرط ان يزرعوها و يؤدوا من حاصلها خراج مقاسمة واشتهر عند الناس بالعشر كما هو حكم اراضي بلدنا وليست ملكا لمن في ايديهم لا يقدرون على بيعها وشرائها وهبتها ووقفها الا بتمليك السلطان فاذا مات واحد منهم قام ابنه مقامه ويتصرف على الوجه المذكور والا تعود الاراضي التي في يده الى بيت المال وان كان له بنت او اخ لاب وطلباها يعطى لهما باجرة بطريق الاجارة الفاسدة ايضا وان عطلها متصرفها ثلث سنين او اكثر بحسب تفاوت الارض تنزع عن يده وتعطى لآخر وان اراد واحد منهم الفراغ لآخر لا يقدر الا باذن السلطان او نائبه (وان احي موات) اي احيى المسلم الارض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها احد (يعتبر قربه) فان قرب من ارض الخراج فخراجي او ارض العشر فعشري وتذكير الضمير باعتبار المكان (عند ابي يوسف) لان ما قرب من الشيء يأخذ حكمه كفناء الدار لصاحبها الانتفاع به وان لم يكن ملكا له ولذا لا يجوز احياء ما قرب من العامر (و) يعتبر (ماؤه) وتذكيره كامر باعتبار المكان (عند محمد) فان احياها بماء خراج فهي خراجية والا فعشرية واو قيد بالمسلم كما قيدنا لكان اولى لان الكافر يجب عليه الخراج مطلقا فلهذا صرح صاحب التنوير فقال وكل من الاراضي العشرية والخراجية ان سقى بماء العشر اخذ منه العشر الا ارض كافر تسقى بماء العشر حيث يؤخذ منها الخراج لانه وظيفته وان سقى بماء الخراج اخذ منه الخراج (والخراج نوعان) احدهما (خراج مقاسمة) وهو ان يكون الواجب جزأ شائعا من الخارج كالخمس ونحوه كالربع والثلث والنصف ولا يزاد على النصف (فيتعلق بالخارج كالعشر) اي كتعلقه بالخارج الا انه يوضع موضع الخراج لانه خراج حقيقة كما في الاختيار (و) الثاني (خراج وظيفة) وهو ان يكون الواجب شيئا في الذمة يتعلق بالتمكن من الزراعة (ولا يزاد على ما وضعه عمر رضي الله تعالى عنه على السواد) اي سواد العراق (لكل جريب) قيده صاحب الدرر بقوله يبلغه الماء (صالح للزرع صاع من بر او شعير) قيده بالصالح لانه لا شيء في غير الصالح لها وعند الشافعي في اربعة دراهم وشعير درهمان (ودرهم) عطف على صاع (ولجريب الرطبة) بالفتح الفصفصة (خمسة دراهم) وعند الشافعي ستة دراهم (ولجريب الكرم او النخل) جمع نخلة كثمر

وثمرة (المتصل) صفة الكرم والنخل وافراده لاجل كلمة او (عشرة دراهم) وعند الشافعي ثمانية دراهم وفي الكافي فان كانت الاشجار ملتفة لايمكن زراعة ارضها فهي كرم انتهى فعلى هذا قوله لنخل المتصل يكون مستدركا لان النخل المتصل هو الكرم على هذا التفسير (ولماسواه) اى لماسوى ماذكر مماليس توظيف عمر رضى الله تعالى عنه (كزعفران وبستان) وهو كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل واشجار متفرقة بحيث يمكن زراعة مابين الاشجار والا فهي كرم كامر آنفا (ماتطيق) اى يوضع عليه بحسب الطاقة اعتبارا بماوضعه عمر رضى الله تعالى عنه فانما وضعه بحسب الطاقة (ونصف الخارج غاية الطاقة) فان التنصيف عين الانصاف ولايزاد عليه لان الاكثر حكم الكل (وان لم تطق) اى الارض (ماوظف نقص) اى نقص الامام منها مالاتطيقه ويجعل عليها ماتطيقه (ولايزاد) على ماوظفه عمر رضى الله تعالى عنه (وان) وصلية (اطاقت) الارض (عند ابي يوسف) لقول عمر رضى الله تعالى عنه لعاملية لعلكما حملتما الارض مالاتطيق فقالا لابل حملناها ماتطيق ولوزدنا لاطاقت وهو دال على جواز النقص عند عدم الاطاقة وعلى عدم جواز الزيادة وان اطاقت (خلافا لمحمد) يعني اذا اراد الامام توظيف الخراج على الارض ابتداء وزاد على وظيفة عمر فعند محمد يجوز لان الوظيفة مقدرة بالطاقة وعند الامام وهو رواية عن ابي يوسف لايجوز وهو الصحيح كما في الكافي فعلى هذا بين ما في المتن وما في الكافي نوع مخالفة لان ما في المتن يشعر بانه ظاهر مذهب ابي يوسف لانه يعبر بعند وما في الكافي يشعر بانه خلاف ظاهر المذهب لانه يعبر بعن مع انه لم يذكر قول الامام في المتن ثم قيد بارادة التوظيف لان الزيادة في الاراضي التي صدر التوظيف من عمر رضى الله تعالى عنه اومن امام بمثل وظيفة عمر رضى الله تعالى عنه لم يجز اجماعا (ولاخراج ان انقطع عن ارضه الماء اوغلب عليها) اى على الارض الماء لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط (اواصاب الزرع آفة) سماوية لايمكن احترازها كغرق وحرق وشدة برد وقيدنا بسماوية لايمكن احترازها لانها اذا كانت غير سماوية ويمكن احترازها كاكل قردة وسباع ونحوهما اوهلاك الخارج بعد الحصاد لايسقط الخراج في الاصح كما في التنوير وفي التبيين قالوا في الاصطلام انما يسقط عنه اذا لم يبق من السنة مقدار مايمكنه ان يزرع الارض ثانيا اما اذا بقي من المدة قدر ذلك فلا يسقط والاصطلام ان يذهب كل الخارج اما اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله بان بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج وان بقي اقل من ذلك يجب نصفه (ويجب) الخراج (ان عطلها) اى ارض الخراج (مالكها) وكان خراجها موظفا لوجود التمكن وهو الذى فوت الريع مع امكان تحصيله هذا اذا تمكن المالك من الزراعة ولم يزرعها اما اذا عجز من الزراعة فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها واخذ الخراج من اجرتها وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فيأخذ الخراج من نصيب صاحبها وان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها الخراج (ولايتغير) خراجها (ان اسلم) مالكها (اواشتراها مسلم) لماروى ان الصحابة رضى الله تعالى عنهم اشتروا الارض الخراجية وادوا خراجها (ولاعشر في خارج ارض الخراج) لانهما مع الخراج والعشر لايجتمعان عندنا وعند الائمة الثلاثة يجب العشر كوجوب الخراج (ولايتكرر خراج الوظيفة بتكرر الخارج) في سنة لان عمر رضى الله تعالى عنه لم يوظفه مكررا (بخلاف العشر وخراج المقاسمة) لانهما يتكرران لتعلقهما بالخارج حقيقة وفي البحر اووهب السلطان لانسان الخراج جاز عند ابي يوسف وعليه الفتوى ان كان صاحب الارض مصرفا له خلافا لمحمد ولو ترك له عشر ارضه لايجوز له بالاجماع

﴿فصل﴾

في بيان احكام الجزية وهذا الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول لقوته اذ يجب مطلقا سواء

اسلموا اولا بخلاف الجزية ولانه حقيقة الخراج لانه الرأس وتجمع على جزى كلحية ولحى وسميت بها لانها تجزى اى تكفى عن القتل اذ بقبولها يسقط عن الذمى القتل لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وهى على ضربين فاشار الى الضرب الاول فقال (الجزية اذا وضعت بتراض وصلح لاتغير) وتقدر بحسب مايقع عليه الاتفاق فلا يتعدى بالتغير كما لايتغير مايوضع على بنى نجران من الحلل ثم اشار الى الضرب الثانى فقال (وان فتحت بلدة عنوة) اى غلب الامام على الكفار وفتح قهرا (واقر اهلها عليها توضع) الجزية (على الظاهر الغنى فى السنة ثمانية واربعون درهما) يؤخذ منه فى كل شهر اربعة دراهم (وعلى المتوسط) فى الغناء (نصفها) اى اربعة وعشرون درهما يؤخذ منه فى كل شهر درهمان (وعلى الفقير القادر على الكسب ربعها) اى اثنى عشر درهما يؤخذ منه فى كل شهر درهم نقل ذلك عن عمر وعثمان وعلى رضى الله تعالى عنهم والصحابة رضى الله تعالى عنهم متوافرون ولم ينكر عليهم احد منهم فصار اجماعا وقال الشافعى الجزية دينار اواثنى عشر درهما على كل رأس غنيا اوفقيرا ولم يذكر حد الغناء والمتوسط والفقير فى ظاهر الرواية وفى شرح الطحاوى من ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا غنى ومن ملك مائتى درهم فصاعدا متوسط ومن ملك مادون المائتين اولا يملك شيئا فقير وعليه الاعتماد كما فى التنوير وقيل من لابد له من الكسب لاصلاح معيشته فمعسر ومن له اموال ويعمل فوسط ومن لايعمل لكثرة امواله فموسر وقيل من لاكفاية له فمعسر ومن يملك قوته وقوت عياله فوسط ومن يملك الفضل فموسر وفى الاختيار المختار ان ينظر فى كل بلد الى حال اهله وما يعتبرونه فى ذلك لان عادة البلاد مختلفة فى ذلك فيجعل ذلك موكولا الى رأى الامام هذا فى الصحيح ما لوكان مريضا فى السنة كلها اونصفها لاتجب عليه الجزية ولو ترك العمل مع القدرة عليه فهو المعتمل (وتوضع) الجزية (على كتابى) اى على اهل الكتاب سواء كان من العرب والعجم لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية والكتابى شامل لليهود والنصارى ويدخل فى اليهود السامرة لانهم يدينون بشريعة موسى عليه الصلاة والسلام الا انهم يخالفونهم فى الفروع ويدخل فى النصارى الافرنج والارمن وفى الخانية وتؤخذ الجزية من الصابئين عند الامام خلافا لهما (ومجوسى) وهو واحد المجوس وهم قوم يعظمون النار ويعبدونها لان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم وضع الجزية على مجوس هجر (ووثنى) اى عابد وثن وهو ما كان منقوشا فى حائط ولا شخص له والصنم اسم لما كان على صورة الانسان والصليب ما لانقش له ولا صورة ولكنه يعبد كما فى المنح وغيره فعلى هذا ظهر مخالفة ماقيل من ان الوثن ماله صورة كصورة الآدمى تأمل (عجمى) جمعه العجم وهو خلاف العربى وان كان فصيحا والاعجمى الذى فى لسانه عجمة اى عدم افصاح بالعربية وان كان عربيا وعند الشافعى على كتابى ومجوسى فقط لان الاصل فى الكفار القتال لقوله تعالى وقاتلوهم لكنا تركناه فى اهل الكتاب بما قررناه آنفا والمجوسى دخل فيهم بقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب فبقى ماوراءهم على الاصل ولنا ان استرقاقهم جائز فتوضع الجزية عليهم كالمجوس (لا) توضع على وثنى (عربى) لان النبى عليه الصلاة والسلام بعث منهم فظهرت المعجزة لديهم فكفرهم افحش والمراد بالعربى عربى الاصل وهم عبدة الاوثان وانهم اميون كما وصفهم الله تعالى فى كتابه فاهل الكتاب وان سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا منهم ليسوا بعربى الاصل (ولا على مرتد) لانه كفر بربه بعد مارأى محاسن الاسلام وبعد ماهدى اليه فلا توضع ايضا على زنديق لانه يعتقد فى الباطن خلاف الظاهر بل ان جاء قبل ان يؤخذ واقر انه زنديق وتاب تقبل توبته وان بعد الاخذ يقتل ولا تقبل توبته ولذا قال الامام اقتلوا الزنديق وان قال تبت وامواله وذريته فىء لاهل الاسلام (فلا يقبل منهما) اى من الوثنى العربى والمرتد (الا الاسلام

اوالسيف) زيادة فى العقوبة ولايخفى انه لواكتفى به واظهر ضميرهما وترك قوله ولاعربى ولاعلى مرتد لكان اخصر (وتسترق اناثهما) اى انثى الوثنى العربى والمرتد لارجالهما خلافا للشافعى فى وثنى العرب (وطفلهما) لانه عليه الصلوة والسلام كان يسترق ذرارى مشركى العرب وابو بكر رضى الله تعالى عنه استرق نساء بنى حنيفة وصبيانهم وكانوا مرتدين الا ان نساء المرتدين وذراريهم يجبرون على الاسلام بخلاف ذرارى عبدة الاوثان ونسائهم (ولاجزية على صبى) ومجنون ومعتوه كما فى اكثر الكتب فعلى هذا لوقال على غير مكلف لكان اشمل (وامرأة) لانها وجبت بدلا عن القتل اوعن القتال وهما لايقتلان ولايقاتلان لعدم الاهلية واراد بالامرأة غير امرأة بنى تغلب فانها توضع عليها (ومملوك) قنا كان اومدبرا اوام ولد اوامة كما فى اكثر الكتب لكن فى البحر ولاينبغى ذكر ام الولد فان من المعلوم ان لاجزية على النساء الاحرار كيف بام الولد وانما المراد ابن ام الولد (ومكاتب) لانهم لوكانوا مسلمين لما وجب عليهم النصرة بالقتال لكونهم فى يد الغير فلايجب ماهو خلف عنها ولايؤدى عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم (وشيخ كبير وزمن واعمى ومقعد) لمابيناه خلافا للشافعى فى قول وعن ابى يوسف تجب على هؤلاء اذا كان لهم مال لانهم يقتلون فى الجملة اذا كانوا صاحب رأى كما مر تفصيله فى اول الكتاب (وفقير لايكتسب) خلافا للشافعى (وراهب لايخالط) ولوكان قادرا على العمل لانه لايقتل وعن الامام انه توضع الجزية اذا قدر على العمل وهو قول ابى يوسف وفى الاختيار لوادرك الصبى اوافاق المجنون اوعتق العبد او برئ المريض قبل وضع الامام الجزية وضع عليهم وبعد وضعها لاحتى لاتمضى هذه السنة لان المعتبر اهليتهم وقت الوضع بخلاف الفقير اذا ايسر بعد الوضع حيث توضع عليه (وتجب الجزية فى (اول الحول) لانها وجبت لاسقاط القتل فتجب الحال الا انها تؤخذ فى آخره قبل تمامه بحيث يبقى منه يوم او يومان وقال ابو يوسف تؤخذ حين تدخل السنة ويمضى شهران منها كما فى الجوهرة وعند الشافعى بعد تمام الحول (و يؤخذ قسط كل شهر فيه) كما بيناه لانه زمان وجوبه (وتسقط) الجزية عندنا (بالاسلام اوالموت) ولو بعد مضى السنة لانها عقوبة دنيوية شرعت لدفع الشر وقد اندفع باسلامه او بموته وعند الشافعى ومالك لاتسقط لانها كسائر الديون (وتتداخل) اى الجزية (بالتكرر) يعنى اذا مرت على الذمى سنون ولم يؤخذ فيها الجزية سقطت عن تلك الاعوام وتؤخذ منه جزية السنة التى هو فيها عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما تؤخذ عن الاعوام الماضية وهو قول الائمة الثلثة لانها حق واجب فى الذمة فى كل السنة فلايسقط بالتأخير (بخلاف خراج الارض) فانه لاتداخل فيه اتفاقا لانه مؤنة الارض وقيل على الخلاف (ولايجوز احداث بيعة اوكنيسة) اى لايحدث الكتابى بيعة ولاكنيسة ولايحدث المجوسى بيت نار (اوصومعة فى دارنا) اى دار الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام لاخصاء فى الاسلام ولاكنيسة والمراد احداثها يقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذلك البيعة الا انه غلب البيعة على معبد النصارى والكنيسة على معبد اليهود والصومعة كالكنيسة لانها تبنى للتخلى للعبادة بخلاف موضع الصلوة فى البيت لانه تبع للسكنى والدار شاملة للامصار والقرى والفناء وهو الصحيح المختار كما فى الفتح وغيره وقيل لايمنع عن ذلك فى قرى لاتقام فيها الجمعة والحدود وهذا فى قرى اكثرها ذميون واما فى قرى المسلمين فلايجوز وهذا فى ارض العجم واما فى العرب فيمنع مطلقا ولايباع فيها خمر وخنزير مصرا اوقرية كما فى الاختيار (وتعاد المنهدمة) من غير زيادة على البناء الاول من الكنائس والبيع القديمة لانه جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم الى يومنا هذا بترك البيع والكنائس وفيه اشارة الى انها لاتهدم القديمة مطلقا سواء فى الامصار اوفى السواد وعمل الناس على هذا وذكر محمد فى العشر والخراج انها تهدم فى امصار المسلمين

﴿وفى﴾

وفى الاجارات لاتهدم فيها وهو الاصح والمراد بالقديمة ما كانت قبل فتح الامام بلدتهم ومصالحتهم على اقرارهم على بلدتهم واراضيهم والاولى ان لايصالحهم عليه كما فى البحر هذا فى المنهدمة اما اذا هدمت ولو بغير وجه فلا تجوز اعادتها كما فى اكثر المعتبرات لكن فى زماننا لايفرق بعض منا بين الهدم والانهدام ففعل ما فعل حفظنى الله واياكم عن الزلل (من غير نقل) يعنى اذا انهدمت يبنوها فى ذلك الموضع باللبن والطين على قرار الاول ولايشيدونها بالحجر والآجر ولايمكنون نقلها لانه احداث فى الحقيقة فلو وقف الامام على احداثها وعلى مازاد فى عمارة العتيق جربها وينبغى ان لايضربوا الناقوس الا فى كنائسهم و بيوتهم خفية بحيث لايسمع صوته خارجها ولايسكنون بين المسلمين فى المصر الا فى محلة خاصة ليس فيها مسلمون فلو اشترى اهل الذمة فى محلة المسلمين دارا يجبر على بيعها (ويميز الذمى) عن المسلمين وجوبا (فى زيه) بكسر الزاء المعجمة الهيئة اى يميز فى الرداء والعمامة وسائر اللباس (ومركبه وسرجه) اى بسرج مركبه بحذف المضاف والايلزم انتشار الضمير كما فى القهستانى (ولايركب خيلا) لان ركوبه عز وكذا لايركب جملا الا لحاجة كاستعانة الامام بهم فى الدين عن المسلمين قيد بالخيل لان له ان يركب الحمار عند المتقدمين لان ركوبه ذل وكذا البغل وفيه اشعار بان ركوب البغل اذا كان للعز لايباح له (ولايعمل بسلاح) اى لايستعمله ولايحمله فان فيه عزة (ويظهر) الذمى بالشد فوق ثيابه (الكستيج) بضم الكاف وهو مايشد على وسطه من علامة بها يمتاز عن المسلم وينبغى ان يكون من الصوف او الشعر وان لايجعل حلقة يشده كما يشد المسلم المنطقة بل يعلقه على اليمين والشمال كما فى المحيط وعن ابى يوسف هو خيط غليظ من صوف بقدر الاصبع يشده الذمى فوق ثيابه دون مايتزينون به من الزنانير الابريسم (ويركب سرجا كالاكاف) فى الهيئة يعنى ان احتاج الى ركوب حمار واذا قال (والاحق ان لايترك) الذمى (ان يركب الا ضرورة) وفى البحر واختار المتأخرون ان لايركبوا اصلا الا اذا خرجوا الى قرية ونحوها او كان مريضا وحاصله انه لايركب الا ضرورة (وحينئذ) اى حين ركب للضرورة على الصفة التى تقدمت (ينزل فى المجامع) اى فى مجامع المسلمين لعدم الضرورة فى ركوبه هنا (ولايلبس مايخص اهل العلم والزهد والشرف) تعظيما لهؤلاء وفى الفتح يمنعهم من الثياب الفاخرة حريرا او غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والابراد الرفيعة وصرح بمنعهم من القلانس الصغار وانما تكون طويلة من كرباس مصبوغة بالسواد مضربة مبطنة ويجب تميزهم فى النعال ايضا فيلبسون المكاعب الخشنة الفاسدة اللون تحقيرا لهم وشرط فى القميص ايضا ان يكون ذيله قصيرا وان يكون جيبه على صدره كما يكون للنساء ومن القعود حال قيام المسلم عندهم هكذا امروا كما فى عامة المعتبرات فعلى هذا ثم حكام بلادنا بعدم منعهم لانهم يلبسون الثياب الفاخرة ويركبون خيلا اى خيل ويجلسون معظما عندهم بل يقف بعض المسلمين خدمة لهم فالويل كل الويل (ويميز انثاه) اى انثى الذمى (فى الطريق والحمام) بالخلاخل وغير ذلك عن المسلمين فتمشين فى ناحية الطريق والمسلمات فى وسطه ويجعلن ازارهن مخالفة لازار المسلمات (ويجعل على داره) اى الذمى (علامة كيلا يستغفر) اى لئلا يدعو السائل بالرحمة والمغفرة (له) اى للذمى عند الاعطاء كما هو العادة ظاهرا (ولايبدأ بسلام) لان فيه اكرام واما رده فاداء الواجب ومكافاة اكرامه فى الجملة لكن لايزيد على قوله عليكم ولايقول عليكم السلام (ويضيق عليه الطريق) يعنى اذا التقى المسلم والذمى فى الطريق يجعله فى الطرف الضيق (و يؤدى الجزية قائما والآخذ) منه (قاعدا و يؤخذ) منه (بتلبيبه) وجره واظهار مذلته (ويهز) اى يحرك بعنف (ويقال له اد الجزية ياذمى او ياعدو الله) اذلالا له واشعارا بانها بدل دمه المستحق ولايقال له يا كافر (ولاينقض عهده) اى لايخرج عن حكم الذمة (بالاباء عن الجزية) لان مايدفع عنه قتالنا التزام الجزية وقبولها لا اداؤها وهو باق فلا ينتقض وعند

الائمة الثلثة ينتقض فيجب ان يقتل او يسترق كما في اكثر المعتبرات في الدرر وفيه اشكال لان معنى الامتناع عن الجزية التصريح بعدم ادائها كانه يقول لا اعطي الجزية بعد هذا وظاهر انه ينافي بقاء الالتزام اللهم الا ان يراد بالالتزام والصواب بالامتناع تأخيرها والتعليل في ادائها ولا يخفى بعده انتهى لكن يمكن الجواب بانه بالتزامه يكون دينا في ذمته كالكفالة بالمال فقوله بعده لا اعطي الجزية لا فائدة له فيلزم ان يحبس كسائر الديون تدبر (او زناه بمسلمة او قتله مسلما) فيقام الحد في الزنا ويستوفى القصاص منه في القتل (وبسبه النبي عليه الصلاة والسلام) لان السب كفر وكفره المقارن له لا يمنعه فالطاري لا يرفعه هذا اذا لم يعلن اما اذا اعلن بشتمه او اعتاد فالحق انه يقتل لان المرأة التي كانت تعلن بشتمه عليه الصلاة والسلام قتلت وهو مذهب الائمة الثلثة وبه يفتى اليوم وفي المؤيدي نقلا عن الشفاء من شتم النبي عليه الصلاة والسلام من الذمي فارى الامام ان يحرقه بالنار فله ذلك ولا يسقط اسلامه قتله وفي النوادر يسقط هذا اذا سبه كافر واما اذا سبه عليه الصلاة والسلام او واحدا من الانبياء ولو سكران فانه يقتل حدا ولا توبة له اصلا سواء بعد القدرة عليه والشهادة او جاء تائبا من قبل نفسه كالزنديق لانه حد وجب فلا يسقط بالتوبة ولا يتصور خلافه لانه حد تعلق به حق العبد وفي البزازية من شك في عذابه وكفره فقد كفر بخلاف ما اذا سب الله تعالى ثم تاب لانه حق الله تعالى وفي الخلاصة وساب الشيخين كافر ومبتدع ان فضل عليا عليهما انتهى وفي الرسالة المسماة بالمعروضة لمولى ابي السعود تفصيل في حق الساب فليطالع لان امرنا الآن بعملها (بل) ينقض عهده (باللحاق بدار الحرب الغلبة على موضع لمحاربتنا) لانهم صاروا بذلك حربا علينا فلا يفيد بقاء العهد بعد ذلك لان المقصود من عقد الذمة دفع الفساد بترك القتال والظاهر انه لا ينقض الا باحد الامرين لكن في الفتح ان الذمي او جعل نفسه طليعة للمشركين فانه يقتل لانه محارب فحينئذ هي ثلاث تأمل (ويصير) الذمي الموصوف بما ذكرنا (كالمرتد) في قتله ودفع ماله لورثته وغير ذلك لانه التحق بالاموات لتباين الدار (لكن لو اسر) ذلك الذمي (يسترق) ولا يجبر على قبول الدين (والمرتد يقتل) ان ابى عن الاسلام ولا يسترق كما سيأتي وفي البحر وافاد بالتشبيه ان المال الذي يلحق به دار الحرب فيء كالمرتد ليس لورثتهما اخذه بخلاف ما اذا رجع الى دارنا بعد اللحاق واخذ شيئا من ماله ولحق بدار الحرب فانه يكون لورثته لانه مالهم باللحاق الاول وتمامه فيه (ويؤخذ من بني تغلب رجالهم ونسائهم ضعف الزكوة) اي ضعف زكوتنا مما تجب فيه الزكوة وتصرف مصارف الجزية لان عمر رضي الله تعالى عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم من غير نكير كما بين في الزكوة فلزم ذلك على نسائهم ايضا لان النساء اهل لوجوب المال عليهن بالصلح وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم وهو قول الشافعي (لا من صبيانهم) لعدم وجوب الزكوة عليهم فعلى هذا لو قال لا من غير مكلف منهم لكان اولى لان حكم المجنون والمعتوه منهم كحكم الصبي (ويؤخذ من مواليهم) اي معتقيهم (الجزية والخراج كموالي قريش) اي معتق التغلبي ومعتق القرشي واحد فتوضع الجزية وخراج الارض على معتقهما وقال زفر يضاعف على مولى التغلبي لقوله عليه الصلاة والسلام ان مولى القوم منهم ولنا ان الصدقة المضاعفة تخفيف والمعتق لا يلحق بالاصل فيه الا ترى ان الاسلام اعلى اسباب التخفيف ولا يتبعه فيه (ويصرف الخراج والجزية وما اخذ من بني تغلب او) ما اخذوا وفي هذا المحل وما بعده بمعنى الواو والا ليس بمناسب (من ارض اجلى اهلها عنها او ما اهداه اهل الحرب) الى الامام (او) ما (اخذ منهم) اي من اهل الحرب (بلا قتال) بان اخذ بالصلح (في مصالح المسلمين) متعلق بيصرف (كسد الثغور) جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان (وبناء القناطير) جمع القنطرة (والجسور) جمع جسر والفرق بينهما ان الاول لا يرفع والثاني يرفع وفيه اشارة الى ان يصرف في بناء المساجد والنفقة عليها لانه من المصالح فيدخل فيه الصرف

على اقامة شعائرها من وظائف الامامة والاذان ونحوهما (وكفاية العلماء والمدرسين والمفتين والقضاة والعمال) اى العمال على الزكوة والعشر (والمقاتلة وذراريهم) والضمير يعود الى الكل لان نفقتهم على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب وتعطلت مصالح المسلمين وفائدة ذلك انه لا يخمس ولا يقسم بين الغانمين وفى الهداية وغيرها ما يوهم التخصيص حيث قال وذراريهم اى ذرارى المقاتلة انتهى لكن فى البحر وليس كذلك انتهى هذا هو الحق لان الذرية تشمل الكل تدبر واعلم ان اموال بيت المال اربعة احدها ما ذكر والثانى الزكوة والعشر مصرفها ما بين فى باب المصرف والثالث خمس الغنائم والمعادن والركاز ومصرفه ما ذكر فى اوائل هذا الكتاب والرابع للقطات والتركات التى لا وارث لها ودية مقتول لا ولى له ومصرفه اللقيط الفقير والفقراء الذين لا اولياء لهم يعطون منه نفقاتهم وادويتهم ويكفن به موتاهم ويعقل جنايتهم وعلى الامام ان يجعل لكل نوع بيتا يخصه ولا يخلط بعضه ببعض فان لم يوجد فى بعضها شئ فللامام ان يستقرض عليه من النوع الآخر ويصرفه الى اهل ذلك ثم اذا حصل من ذلك النوع شئ رده الى المستقرض منه الا ان يكون المصرف من الصدقات او من خمس الغنائم على اهل الخراج وهم فقراء فانه لا يرد فيه شيئا وكذا فى غيره اذا صرفه الى المستحق ويجب على الامام ان يتق الله ويصرف الى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة (ومن مات) منهم (فى نصف السنة حرم من العطايا) لانه صلة فلا يملك قبل القبض وقيد بنصف السنة لانه لو مات فى آخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل قبل تمامها قيل يجب وقيل لا يجب وامره مفوض الى الامام وفى التنوير والمؤذن والامام اذا كان لهما وقف فلم يستوفيا حتى ماتا فانه يسقط وكذلك القاضى وقيل لا يسقط ذلك بالموت والاول راجح لحكايته الثانية بصيغة التمريض

﴿ باب المرتد ﴾

هو فى اللغة الراجع مطلقا وفى الشرع هو الراجع عن دين الاسلام وركن الردة اجراء كلمة الكفر على اللسان بعد الايمان وشرائط صحتها العقل والطوع (من ارتد) نعوذ (العياذ بالله تعالى) فهو مفعول مطلق مكسور العين (يعرض) اى عرض الامام او القاضى كل يوم من ايام التأجيل لرجاء العود اليه (عليه) اى المرتد (الاسلام) وان تكرر منه ذلك استحبابا الا انه اذا ارتد ثانيا العياذ بالله تعالى ثم تاب ضربه الامام ثم خلى سبيله وان ارتد ثالثا حبسه بعد الضرب الوجع حتى يظهر عليه التوبة ويرى انه مسلم محض ثم خلى سبيله فان عاد فعل به هكذا ولا يقتل الا ان يأبى ان يسلم وهذا قول اصحابنا جميعا وروى عن على وابن عمر رضى الله تعالى عنهم انه لا تقبل توبته بعد الثالثة لانه مستخف او مستهزئ ليس بتائب (وتكشف شبهته) التى عرضت فى الاسلام (ان كانت) اى ان وجدت له شبهة (فان استمهل) اى طلب المهل بعد العرض للتفكر (حبس ثلثة ايام) لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وفيه اشارة الى انه اذا لم يستمهل لا يمهل فى ظاهر الرواية بل يقتل من ساعته الا اذا كان الامام يرجوا سلامه وعن الشيخين يستحب ان يمهل بلا استمهال لرجاء الاسلام وقال عليه السلام لان يهدى الله بك رجلا واحدا خير من ان يقتل ما بين المشرق والمغرب كما فى القهستانى وقال الشافعى الامهال واجب ولا يحل للامام ان يقتل قبل ان تمضى عليه ثلثة ايام والحر والعبد فيه سيان (فان تاب) بعد الاتيان بكلمة الشهادة فبها ونعمت (والا) اى وان لم يتب (قتل) وجوبا لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه (وتوبته بالتبرى) بعد الاتيان بالشهادتين (عن كل دين سوى الاسلام او) بالتبرى (عما انتقل اليه) لحصول المقصود والاول هو الاولى لان المرتد لا دين له وفيه اشعار بانه لو قال الكافر لا اله الا الله محمد رسول الله لصار مسلما ولا يشترط ان يعلم معنى هاتين الكلمتين اذا علم انه الاسلام ويشترط معرفة اسمه عليه الصلاة والسلام دون معرفة ابيه وجده كما فى القهستانى (وقتله) اى المرتد (قبل العرض) اى عرض الاسلام عليه (ترك ندب)

اى ترك مستحب لاوجوب فلهذا قال (لاضمان) ولادية على القاتل (فيه) اى فى القتل لان الارتداد
مبيح لكن ان قتله غير الامام ان قطع عضوا منه بغير اذنه ادبه (ويزول ملكه) اى المرتد بالردة
(عن ماله) زوالا (موقوفا) الى ان يتبين حاله لانه ميت حكما والموت يزيل الملك عن الحى وهذا
عند الامام وهو الصحيح (فان اسلم عاد) ملكه اليه كما كان (وان مات اوقتل) على ارتداده (اولحق
بدار الحرب وحكم به) اى حكم القاضى بلحاقها (عتق مدبروه) عن ثلث ماله ولم يذكر حكم مكاتبه
وفى البحر فيعتق واذا عتق فولاؤه للمرتد لانه المعتق (وامهات اولاده) عن كله (وحلت) آجال
(ديونه) فلزم اداؤه فى الحال لانه فى حكم الميت حتى لوجاء بعد القضاء واسلم بقى ماذكر على حاله
خلافا للائمة الثلثة (وكسب اسلامه) اى ما حصل من سعيه حال كونه مسلما (لوارثه المسلم) اتفاقا
ولايكون فيئا عندنا (وكسب ردته) اى ما حصل من سعيه حال كونه مرتدا (فئ) للمسلمين
فيوضع فى بيت المال عند الامام وعند هما فلو ارثه المسلم كما سيأتى وعند الائمة الثلثة كلاهما فئ
(ويقضى دين اسلامه) اى دينه حال اسلامه (من كسب اسلامه ودين ردته من كسبها) اى يقضى
من كسبه حال ردته قبل اللحاق على ماروى زفر عن الامام وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فان لم يف
بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه اى يبدأ بكسب الردة وفى القهستانى وهو الصحيح
فان كسبه حق الورثة بخلاف كسبها وهذا اذا ثبت الدين بغير الاقرار والافمن كسبها (ويوقف
بيعه وشراؤه واجارته وهبته ورهنه وعتقه وتدبيره وكتابته ووصيته) وفسر وقوفها بقوله (فان
اسلم) ورجع عن ارتداده (صحت) هذه العقود والتصرفات (وان مات اوقتل اوحكم بلحاقه
بطلت) وهذا عند الامام بناء على ان الاصل عنده ان الردة تزيل الملك فلذا قال (وقالا لايزول ملكه)
اى المرتد (عن ماله) لان اثر الردة فى اباحة دمه لا فى زوال ملكه كالمقضى عليه بالرجم والقود
وله ان المرتد زالت عصمة نفسه بالردة فكذا عصمة ماله لانها تابعة للنفس غير انه لما كان مدعوا
الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه اوقوفه على محاسنه توقفا فى امره (وتقضى ديونه مطلقا)
اى فى حال الاسلام اوفى الردة (من كلا كسبيه) اى من كسبه فى الاسلام وكسبه فى الردة لثبوت الملك
فيهما (وكلاهما) اى كلا كسبيه اللذين لم يتعلق بهما حق الداين (لوارثه المسلم) لان ملكه فى الكسبين
بعد الردة باق فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ماقبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم
من المسلم وللامام انه يمكن استناد التوريث فى كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولايمكن الاستناد
فى كسب الردة لعدم الكسب قبل الردة لكن بين الامامين تفصيل فى الخلاف فقال (ومحمد اعتبر كونه
وارثا عند اللحاق) بدار الحرب لانه السبب (وابو يوسف عند الحكم به) اى باللحاق لانه يصير
ميتا بالقضاء وعن الامام فى رواية وهو قول زفر يعتبر توريثه يوم ارتد لانه سبب الارث (وتصح)
اى عندهما (تصرفاته) سواء اسلم اومات على ردته ولاتبطل (ولاتوقف غير) الشركة (المفاوضة)
فانها موقوفة بالاتفاق لانه تعتمد المساواة ولامساواة بين المسلم والمرتد مالم يسلم (لكن) اختلفا فى كيفية
نفاذ تصرفاته فان (تصرفه) فى الصحة (كتصرف الصحيح عند ابى يوسف) فيعتبر من كل ماله لان
الظاهر عوده الى الاسلام (وكتصرف المريض عند محمد) فيعتبر من ثلثه لانه يفضى الى القتل
ظاهرا (ويصح اتفاقا استيلاده) كما اذا جاءت امته بولد وادعاه فانه يثبت نسبه منه وصارت الامة
ام ولده لايحتاج الى تمام الملك (وطلاقه) لان النكاح لما انفسخ بالردة كانت المرأة معتدة فان طلقها
يقع وكذا اذا ارتدا معا فطلقها فاسلما معا فان النكاح لم ينفسخ فيقع الطلاق وكذا يصح اتفاقا قبول
الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون (ويبطل) اتفاقا (نكاحه) وهذه المسئلة ذكرت
فى النكاح فلواقتصر على احدهما لكان اخصر (وذبيحته) وكذا صيده بالكلب والبازى والرمى
وشهادته وارثه لانها تعتمد الملة ولاملة له (وتتوقف) اتفاقا (مفاوضته) وكذا التصرف على ولده الصغير

وماله وهذه المسئلة مستدركة لانها فهمت من قوله ولاتوقف غير المفاوضة تأمل ثم اعلم ان تصرفات
المرتد انواع نافذ اتفاقا كالاستيلاد والطلاق و باطل اتفاقا كالنكاح والذبيحة و موقوف اتفاقا
كالمفاوضة ومختلف فى توقفه وهو ماعداه المصنف فانه موقوف عنده و نافذ عندهما (و ترثه)
اى ترث المرتد (امرأته المسلمة ان مات او قتل) اوقضى عليه باللحاق (وهى فى العدة) لانه صار فارا
بالردة اذالردة بمنزلة المرض لانها سبب الموت فيتعلق حقها بماله (وان عاد مسلما بعد الحكم بلحاقه
اخذ ماوجده باقيا فى يد وارثه) وان لم يجده فليس له ان يضمنه بعد ماتصرف فيه و انما يأخذ
عين ماله لان الوارث كان خلفه لاستغنائه عنه بموته الحكمى فاذا عاد ظهرت حاجته و بطل
حكم الخلف لكن انما يعود الى ملكه بقضاء او رضاء من الوارث (ولا ينقض عتق مدبره وام ولده)
لان القاضى قضى بعتقهما عن ولاية شرعية فلا يمكن نقضه (و ان عاد) الى دارنا مسلما (قبله)
اى قبل القضاء (فكانه لم يرتد)ولم يزل مسلما فيكون مدبره وام ولده على ملكه وما كان عليه من الديون
فهو الى اجله كما كان و ماوجده من ماله فى يد وارثه يأخذه بغير قضاء و رضاء ويضمن ما اتلفه
(والمرأة) اذا ارتدت (لاتقتل) عندنا حرة كانت او امة (بل تحبس) ان ابت ولو صغيرة فتطعم كل
يوم لقمة وشربة وتمنع من سائر المنافع (حتى تتوب) اى تسلم او تموت وعند الائمة الثلثة و الليث
والزهرى والنخعى والاوزاعى ومكحول وحماد تقتل لقوله عليه الصلوة و السلام من بدل دينه
فاقتلوه وكلمة من تعم الرجال والنساء قالوا من طرف الحنفية المراد المحارب لانه عليه الصلاة والسلام
نهى عن قتل النساء غير محاربات وجزاء مجرد الكفر لايقام فى الدنيا لانها دار الابتلاء وانما تحبس
لانها ارتكبت جريمة عظيمة (وتضرب كل) ثلثة (ايام) مبالغة فى الحمل على الاسلام وعن الامام ان
الحرة تخرج كل يوم وتضرب تسعة وثلثين سوطا حتى تسلم او تموت (والامة) التى ارتدت (يجبرها)
على الاسلام (مولاها) يعنى اذا ارتدت الامة تحبس فى منزل المولى وتؤدب وتستخدم حتى تسلم
لما فيه من الجمع بين الحقين الجبر والاستخدام بخلاف العبد المرتد لانه لافائدة فى دفعه اليه لانه يقتل
و يستثنى من خدمتها عدم وطئها وقد صرح الاسبيجابى بانه لايطأها كما فى البحر وفى الفتح ولا تسترق
الحرة المرتدة مادامت فى دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق اذا سبيت وتجبر مع ذلك
على الاسلام و بطلت عنها العدة ولزوجها ان يتزوج اختها وار بعا سواها من ساعته لانعدام
العدة عليها كالميتة ولو ولدت فى دارهم لاقل من ستة اشهر من وقت الردة يثبت من الزوج لكن
يسترق الولد تبعا لها و يجبر على الاسلام وعن الامام فى النوادر تسترق فى دار الاسلام ايضا (و ينفذ
جميع تصرفها) اى المرأة المرتدة (فى مالها) كالبيع والهبة وغيرهما لصحتها لعدم قتلها هذا ان اسلمت
فى دارنا و الا فان ماتت او لحقت بدارهم فالتصرف باطل عنده صحيح عندهما كما فى القهستانى
(وجميع كسبها) اى كسب المرتدة فى الاسلام اوفى الردة (لوارثها المسلم اذا ماتت) او لحقت بدارهم
لانه لاحرب منها فلم يوجد سبب الفئ (ويرثها زوجها) اى يرث الزوج المسلم من المرتدة (ان ارتدت
مريضة) وماتت قبل انقضاء العدة استحسانا لانها قصدت ابطال حقه فيرد عليها قصدها كما
فى جانب الزوج والقياس ان لايرثها وهو قول زفر (لا ان ارتدت صحيحة)فلا يرثها زوجها لان
الزوجية قد انقطعت بالارتداد و هى لاتقتل فلم يتعلق حقه بمالها (و قاتلها) اى قاتل المرتدة
(يعزر فقط)اى لايجب عليه شئ من القود والدية للشبهة لكن يؤدب و يعزر اذا كانت فى دارنا
لكونه فضوليا فيما فعله (وسائر احكامها) اى المرتدة (كالرجل) المرتد فيما ذكر (فان) والاولى
الواو(ولدت امته) اى امة المرتدة (فادعاه)اى الولد (يثبت نسبه وامومتها) اى كون الامة ام
ولده لانه يصح استيلاده اتفاقا (والولد حر يرثه) اى اباه المرتد (مطلقا) اى سواء كان بين
الارتداد والولادة اقل من ستة اشهر او اكثر (ان كانت) الامة (مسلمة)لان الولد يتبع خير الابوين

دينا فيكان مسلما تبعا لها والمسلم يرث المرتد في رواية (وكذا) يرثه (ان كانت) الامة (نصرانية)
وولدته لاقل من ستة اشهر لانه حينئذ يتيقن وجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما يرثه المرتد
(الا ان ولدته) النصرانية (لاكثر من نصف حول منذ ارتد) لان العلوق حينئذ كان من ماء المرتد
فيتبع المرتد لانه اقرب الى الاسلام لانه يجبر فالظاهر من حاله ان يسلم فاذا كان مرتدا لايرث احدا
(وان لحق) المرتد دارهم (بماله) اي مع ماله (فظهر) على بناء المفعول اي غلب (عليه) اي
المرتد (فهو) اي المال (فيء) لانفسه لان المرتد لايسترق وليس عليه الا الاسلام او السيف
كمشركي العرب كامر (فان لحق) بها بغير مال وحكم بلحاقه (ثم رجع) عنها (فذهب به) اي
مع ماله الى دارهم (فظهر عليه) اي المرتد (فهو) اي مال (لوارثه) ان وجده (قبل القسمة)
لانه انتقل الى ورثته بلحاقه وكان الوارث مالكا قديما وحكمه انه ان وجده قبل القسمة اخذه بغير
بدل وان وجده بعد القسمة اخذه بقيمته ان شاء وان كان مثليا فقد تقدم انه لايؤخذ لعدم الفائدة
كما في الفتح وغيره فعلى هذا ان ماقال صاحب الفرائد من انه لم يبين اصحاب الكتب التي عندنا
حكم ما اذا وجد بعدها الا صاحب الكافي مع انه لم يبين حكم ما اذا كان مثليا ناش من عدم التتبع تدبر
(وان لحق) المرتد بدارهم (فقضي بعبده) اي عبد المرتد (لابنه) اي ابن المرتد (فكاتبه) اي
العبد (الابن فجاء المرتد مسلما فبدل الكتابة والولاء له) اي الجاني لانه لاوجه الى بطلان المكاتبة
لنفوذها بدليل منفذ وهو القضاء بلحاقه فجعلنا الوارث الذي يكون خلفه كالوكيل من جهته
وحقوق العقد ترجع فيه الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه هذا لو جاء قبل اداء بدل الكتابة واما
بعده لايكون له بل لابنه وعند الائمة الثلاثة لاتصح المكاتبة ولا مايتفرع عليه من ارثه فهو عنده
كالاول (ومن قتله مرتد خطاء فقتل على ردته اولحق) بدارهم (فديته) اي دية المقتول (على كسب
اسلامه) اي المرتد عند الامام لان العواقل لاتعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله المكتسب
في الاسلام لنفوذ تصرفه دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه (وقالا في كسبه مطلقا) اي
في الاسلام او الردة جميعا وهو قول الثلاثة لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما
عندهما وفيه اشعار بانه اذا اسلم ثم مات اولم يمت يكون في الكسبين جميعا بالاتفاق (ومن قطعت يده)
اي يد المسلم (عمدا) فلو كان القطع خطاء فهو على العاقلة (فارتد) المقطوعة يده (والعياذ بالله
ومات) على ردته (منه) اي من القطع بسرايته الى النفس (اولحق) المقطوع يده بدارهم
(ثم جاء مسلما ومات منه) اي من القطع (فنصف ديته) فلا يجب القصاص لوجود الشبهة وهو
الارتداد (لورثته في مال القاطع) اي الحكم في المسئلتين ضمان دية اليد فقط في ماله لا في العاقلة
لانها لاتعقل العمد ولايضمن القاطع بالسراية الى النفس شيئا اما في الاولى فلان السراية حلت
محلا غير معصوم فانهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم فات من ذلك فانه لايضمن
شيئا واما الثانية فقال في الهداية معناه اذا قضي بلحاقه لانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية
واسلامه حياة حادثة تقديرا فلا يعود حكم الجناية الاولى وان لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلما فهو
على الخلاف الذي بينه بقوله (وان اسلم بدون لحاق) اي بلا قضاء باللحاق (فات) من القطع
(فتمام الدية) اي يضمن القاطع تمام الدية عند الشيخين والائمة الثلاثة لكونه معصوما وقت القطع
ووقت السراية (وعند محمد) وزفر يضمن (نصفها) اي نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر
السراية فلا تنقلب بالاسلام الى الضمان قيد بكون المقطوع هو المرتد لانه لو لم يرتد وانما ارتد القاطع
بعد القطع ثم قتل القاطع او مات ثم سرى القطع الى النفس فان كان القطع عمدا فلا شيء على احد
وان كان خطاء وجبت الدية بتمامها على عاقلة القاطع كما في البحر (مكاتب ارتد فلحق) بدارهم
واكتسب مالا (فاخذ بماله) اي اخذ مع ماله وابى ان يسلم (وقتل فبدل الكتابة لمولاه والباقي

لورثته) اى لورثة المكاتب لان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والردة لاتؤثر فى المكتابة فكذا
اكسابه وعند الائمة الثلثة كله لمولاه (زوجان ارتدا فلحقا) بدارهم الاولى بالواو (فولدت المرأة
ثم ولد الولد فظهر عليهم فالولدان) اى ولد هما وولد ولد هما (فئ) لان المرتدة تسترق فكذا
ولدها لانه يتبع الام (ويجبر الولد) اى ولد هما (على الاسلام) تبعا لابويه (لاولده) اى لايجبر
ولد الولد على الاسلام بالاجماع الا فى رواية الحسن فانه يجبر ايضا وهذا بناء على ان ولد الولد
لايتبع الجد فى الاسلام فى ظاهر الرواية ويتبعه فى رواية وفى التنوير واذا مات مسلم عن امرأة حامل فارتد
ولحقت بدار الحرب فولدت هناك ثم ظهر عليهم فانه لايسترق ويرث اباه ولو لم تكن ولدته حتى سبيت
ثم ولدته فى دار الاسلام فهو مسلم مرقوق ولايرث اباه (واسلام الصبى العاقل صحيح) فلايرث ابويه
الكافرين لان المسلم لايرث الكافر (وكذا ارتداده) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فان عنده اسلامه
اسلام وارتداده ليس بارتداد وعند زفر والشافعى لايصح كلاهما مالم يبلغ حد البلوغ قيده بالعاقل
لان غيره لايصح ارتداده واسلامه وكذا المجنون والسكران الذى لايعقل وخرج عن هذا اسلام
السكران فانه صحيح والمراد بالصبى العاقل المميز وهو من بلغ سبع سنين فافوقها لانه روى ان النبى
صلى الله تعالى عليه وسلم عرض الاسلام على على رضى الله تعالى عنه وهو ابن سبع فاجابه اليه وقبل
الذى يعقل ان الاسلام سبب النجاة ويميز الخبيث من الطيب والحلو من المر وفى المجتبى واووصف
الاسلام لغلاء الكافر فقال انا على هذا فهو مسلم اذا غلب على ظنه فهم ماقاله قال له صف الاسلام
فان وصف فهو مسلم والافلا وعن الشيخ الجليل اذا اتى بكلمة الشهادة وهو يعلم انه الاسلام يحكم
باسلامه وان لم يعلم تفسيرها وفى البحر ان الصبى العاقل يخاطب باداء الايمان كالبالغ لومات بعده
بلا ايمان خلد فى النار ذكره فى التجريد (ويجبر) الصبى اذا ارتد (على الاسلام) لما فيه نفع له
(ولايقتل ان ابى) لوجود الشبهة فى صحة ردته ولم يذكر المصنف الفاظا يكونون اسلاما اوكفرا
اوخطاء مع انها من المهمات الدينية فذكرناها فى آخر باب المرتد للمناسبة فما يكون كفرا بالاتفاق
يوجب احباط العمل كما فى المرتد وتلزم اعادة الحج ان كان قدحج ويكون وطؤه حينئذ مع امرأته
زنا والولد الحاصل منه فى هذه الحالة ولد الزنا ثم ان اتى بكلمة الشهادة على وجه العادة لم ينفعه
مالم يرجع عما قاله لانه بالاتيان بكلمة الشهادة لا يرتفع الكفر وما كان فى كونه كفرا اختلاف يؤمر
قائله بتجديد النكاح وبالتوبة والرجوع عن ذلك احتياطا وما كان خطاء من الالفاظ لا يوجب
الكفر فقائله مؤمن على حاله ولايؤمر بتجديد النكاح ولكن يؤمر بالاستغفار والرجوع عن ذلك
هذا اذا تكلم الزوج فان تكلمت ففيه اختلاف فى افساد النكاح وعامة علماء بخارى على افساده
لكن يجبر على النكاح ولو بدينار وهذا بغير الطلاق وفى البزازية ينبغى للمسلم ان يتعوذ بهذا الدعاء
صباحا ومساء فانه سبب العصمة من الكفر بدعاء سيد البشر عليه الصلاة والسلام (اللهم انى
اعوذ بك من ان اشرك بك شيئا وانا اعلم واستغفرك لما اعلم انك انت علام الغيوب) ثم اذا كان
فى المسئلة وجوه توجيه ووجه واحد يمنعه يميل العالم الى مايمنع من الكفر ولايرجح الوجوه على
الوجه وفى البحر والحاصل ان من تكلم بكلمة الكفر هازلا اولاعبا كفر عند الكل ولااعتبار باعتقاده
ومن تكلم بها خطاء او مكرها لايكفر عند الكل ومن تكلم بها عالما عامدا كفر عند الكل ومن تكلم
بها اختيارا جاهلا بانها كفر ففيه اختلاف والذى تحرر انه لايفتى بتكفير مسلم مهما امكن حمل
كلامه على محمل حسن اوكان فى كفره اختلاف ولورواية ضعيفة فعلى هذا فاكثر الفاظ التكفير
المذكورة لايفتى بالتكفير فيها ولقد الزمت نفسى ان لاافتى بشئ منها انتهى لكن فى الدرر وان لم يعتقد
اولم يعلم انها لفظة الكفر ولكن اتى بها عن اختيار فقد كفر عند عامة العلماء ولا يعذر بالجهل وان
لم يقصد فى ذلك ان اراد ان يتلفظ بلفظ آخر فجرى على لسانه لفظ الكفر فلا يكفر لكن القاضى

لايصدقه وفى اكثر المعتبرات ان تعليم صفة الايمان للنـاس وبيان صفة خصايص اهل السنة والجماعة من اهم الامور وللسلف رحمهم الله من ذلك تصانيف والمختصر ان يقول ما امرنى الله تعالى به قبلته ومانهانى عنه انتهيت عنه فاذا اعتقد ذلك بقلبه واقر بلسانه كان ايمانه صحيحـا وكان مؤمنا بالكل وفيه اذا قال الرجل لا ادرى اصحيح ايمانى ام لا فهذا خطأ الا اذا اراد به نفى الشك كن يقول لشىء نفيس لاادرى يرغب فيه احد ام لا من شك فى ايمانه وقال انا مؤمن ان شاء الله فهو كافر الا ان يأولهـا فقال لا ادرى اخرج من الدنيا فحينئذ لايكون كفرا من اضمر الكفر اوهم به فهو كافر ومن كفر بلسانه طايعا وقلبه مطمئن بالايمـان فهو كافر ولا ينفعه ما فى قلبه لان الكافر يعرف بما ينطق به بالكفر فاذا نطق بالكفر كان كافرا عندنا وعند الله تعـالى وفى البزازية اذا خطر بباله اشياء توجب الكفر به لكنه لايتكلم به فذلك محض الايمان بالحديث واذا عزم على الكفر بعد حين يكفر فى الحال لزوال التصديق المستمر وجحود الكفر توبة وفى الدرر والرضاء بكفر نفسه كفر بالاتفاق واما الرضاء بكفر غيره فقد اختلفوا فيه وذكر شيخ الاسلام الرضاء بكفر الغير انما يكون كفرا اذا كان يستجيز الكفر او يستحسنه اما اذا لم يكن كذلك ولكن احب الموت او القتل على الكفر لمن كان شريرا موذيا بطبعه حتى ينتقم الله منه فهذا لايكون كفرا وعلى هذا اذا دعا على ظالم فقال اماتك الله على الكفر او قال سلب الله عنك الايمان ونحوه فلا يضره ان كان مراده ان ينتقم الله منه على ظلمـه وايذائه الخلق وعن الامام ان الرضاء بكفر الغير كفر من غير تفصيل وفى البزازية من لقن انسانا كلمة الكفر ليتكلم بها كفر وان كان على وجه اللعب والضحك وكذا من علمها كلمة تبين من زوجها فهو كافر ومن امر رجلا بالكفر كفر الآمر فى الحال يتكلم به ام لا لانه استخفاف بالاسلام وهذا انما يكون كفرا على قول من جعل الرضاء بكفر الغير كفرا اما من جعله كفرا لا يكفر الآمر والمعلم من قال لا اله واراد ان يقول الا الله ولم يتكلم به لا يكفر لانه معتقد للايمان اما اذا لم يخطر بباله الاثبات واراد النفى فقط فهو كافر وفى الخانية الوثنى الذى لايقر بوحدانية الله تعالى اذا قال لا اله الا الله يصير مسلما حتى لو رجع عن ذلك يقتـل ولو قال الله لايصير مسلما ولو قال انا مسلم يصير مسلمـا وان قال اردت به انى مسلم انى على الحق لم يكن مسلما واليهودى او النصرانى اذا قال لا اله الا الله لا يصير مسلما ما لم يقل محمد رسول الله وفى الدرر اما اليهودى والنصرانى اذا قالهما اليوم فلا يحكم باسلامهم لانهم يقولون ذلك فاذا استفسرته يقول هو رسول الله اليكم فلا يدل هذا على ايمانه ما لم ينضم اليه التبرى مما هو عليه واذا قال النصرانى اشهـد ان لا اله الا الله وتبرأ عن النصرانية لايحكم باسلامه لجـواز انه دخـل فى اليهودية اذ اليهودى يقول ذلك ايضا وان زاد وقال ادخل فى دين الاسلام زال الاحتمـال وكذا اذا قال انا مسلم لم يكن مسلما لان معناه التسليم للحق وكل ذى دين انه يزعم كذلك الا اذا قال انا مسلم مثلك وفى الخانية وعن بعض المشايخ اذا قال اليهودى دخلت فى الاسلام يحكم باسلامه وان لم يقل تبرأت عن اليهودية لان قوله دخلت فى الاسلام اقرار بدخول حادث فى الاسلام وافتى البعض فى ديارنا باسلامه من غـير تبر وهو المعمول به الآن والمجوسى اذا قال اسلمت او قال انا مسلم يحـكم باسلامه مجوسى قال صلى الله تعـالى عليه وسلم لايكون مسلما قال كافر آمنت بما آمن به الرسول يصير مسلمـا قال كـافر الله واحد يصير مسلمـا ولو قال لمسلم دينك حق لايصير مسلما وقيل يصير الا اذا قال حق لكن لا آمن به وعن الحسن بن زياد اذا قال الرجل الذمى اسلم فقال اسلمت كان مسلمـا لانه خاطـه بجواب ما كلفه به وفى فصول العمادى قال ليهودى او نصرانى صف دينك فقال لاادرى قال محمد هو ليس بيهودى ولا نصرانى وحكمه حكم المرتد مسلم تزوج نصرانية صغيرة ولها ابوان نصرانيان فكبرت وهى لاتعقل دينا من الاديان اى لاتعرفه بقلبها

ولاتصفه اى لاتعبر بلسانها وهى غير معتوهة فانها تبين من زوجها وكذلك الصغيرة المسلمة اذا بلغت عاقلة غير معتوهة وهى لاتعقل الاسلام ولاتصفه بانت من زوجها وفى مجموع النوازل اذن فى وقت الصلوة اجبر على الاسلام اما لوقرأ او تعلم لايكون اسلاما كافر لقن كافرا آخر الاسلام لم يكن مسلما كافر جاء الى رجل وقال اعرض على الاسلام فقال اذهب الى فلان يكفر وقيل لا كافر لم يقر بالاسلام لانه صلى مع المسلمين بجماعة يحكم باسلامه وان صلى وحده لا وروى عن محمد انه يكون مسلما اذا صلى الى قبلة المسلمين وقال الناطفى اذا صلى الكافر فى وقتها ولو منفردا متوجها الى الكعبة يصير مسلما ذمى اقتدى بمسلم وصلى خلفه قال ابو بكر محمد بن الفضل يحكم باسلامه ولو ام الذمى المسلمين لاقال واحد رأيته يصلى فى المسجد الاعظم وشهد آخر انه صلى فى المسجد لاتقبل ولكن يجبر على الاسلام وفى البزازية شهد مسلم على نصرانى بانه اسلم قبل موته يجعله مسلما وان شهد على مسلم ميت انه ارتد قبل موته ومات عليه لاجعله مرتدا يصلى المسلمون عليه بخبر واحد او عدلا شهد نصرانيان على نصرانى انه اسلم وهو ينكر لم يقبل وكذا لو شهد رجل وامرأتان من المسلمين وترك على دينه وجميع اهل الكفر فيه على السواء ولو شهد نصرانيان على نصرانية بانها اسلمت جاز واجبرت على الاسلام وهذا كله قول الامام وفى النوادر تقبل شهادة رجل وامرأتين على الاسلام وشهادة نصرانيين على نصرانى بانه اسلم

﴿ثم ان الفاظ الكفر انواع﴾

الاول فيما يتعلق بالله تعالى اذا وصف الله تعالى بما لايليق به او سخر باسم من اسمائه او بامر من اوامره او انكر صفة من صفات الله تعالى او انكر وعده او وعيده او جعل له شريكا او ولدا او زوجة او نسبه الى الجهل او العجز او النقص او اطلق على المخلوق من الاسماء المختصة بالخالق نحو القدوس والقيوم والرحمن وغيرهم يكفر ويكفر بقوله لو امرنى الله بكذا لم افعل ولو قال ان فلانا فى عينى كاليهودى فى عين الله تعالى يكفر عند جمهور المشايخ وقيل ان عنى استقباح فعله لايكفر ولو قال دست خداى درازست كفر عند اكثرهم وقيل ان عنى به الجارحة يكفر وان عنى به القدرة لا وفى البزازية لكن ينبغى ان لايكون كفرا حينئذ عند الكل تدبر ويكفر بقوله يجوز ان يفعل فعلا لاحكمة فيه وباثبات المكان لله تعالى فان قال الله فى السماء فان قصد به حكاية ما جاء فى ظاهر الاخبار لايكفر وان اراد به المكان كفر وان لم يكن له نية يكفر عند اكثرهم وعليه الفتوى كما فى البحر ولو قال ارى الله فى الجنة فهذا كفر ولو قال من الجنة فليس بكفر لكن فى الفصولين ينبغى ان يكفر لو جعل الجنة ظرفا لله تعالى لا لو جعلها لنفسه واللفظ يحتملها ويكفر بقوله الله جلس للانصاف او قام به لانه وصف الله تعالى بالقيام والقعود وبوصفه تعالى بالفوق والتحت ولو قال مراد برآسمان خداى است وبرزمين فلان كفر كما فى اكثر الكتب لكن فى الخزانة خلافه قال از خداى هيچ مكان خالى نيست كفر وقوله حين الغضب لا اخشى الله اذا قيل له الا تخشى الله كفر اذا نفى الخوف وان اراد به شيئا آخر لايكفر ولو قال علم خداى در مكان هست فهذا خطأ ومن قال نه مكانى زتو خالى نه تو هيچ مكانى كفر ولو قال لمن لايمرض هذا ممن نسى الله او قال هذا من نسيه الله فهذا كفر عند بعضهم وهو الصحيح ويكفر بقوله رأيت الله تعالى فى المنام وبقوله المعدوم ليس بمعلوم الله تعالى وبقول الظالم انا افعل بغير تقدير الله وبظنه ان الجنة وما فيها للفناء عند البعض وبقوله لامرأته انت احب الى من الله تعالى اذا اراد به الطاعة لها وان قال اردت الشهوة فلا بأس به وبادخاله الكاف فى آخر الله عند نداء من اسمه عبد الله ان كان عالما على الاصح وبتصغير الخالق عمدا عالما وان كان جاهلا فى ذلك لايدرى ما يقول او لم يكن له قصد فى ذلك لايكفر وبقوله ان كنت فعلت كذا امس فهو كافر وهو يعلم انه قد فعله اذا كان عنده ان يكفر وعليه الفتوى لانه يكون هذا منه رضاء بالكفر واما اذا قال يعلم الله انه قد فعل كذا وهو يعلم انه لم يفعل فعامة المشايخ على انه يكفر وقيل لا ويكفر بقوله الله يعلم انى لم ازل اذكر بدعاء الخير عند البعض وبقوله الله يعلم

انك احب الى من ولدى وهو كاذب فيه قالت امرأة لزوجها تو سرخداى دانى فقال نعم يكفر لان الغيب
والسر واحد وفى البزازية لايكفر ومن ادعى الغيب لنفسه يكفر حتى يؤمر بتجديد النكاح فى قول
المرأة نعم فى جواب اتعلم الغيب ويكفر بقوله ارواح المشايخ حاضرة تعلم ويكفر عند البعض بقوله
فلا يموت بهذا المرض وبقوله عند صياح الطير يموت احد عند البعض والاصح عدمه وبقوله عند
رؤية هالة القمر التى تكون حول القمر يكون مقرا مدعيا على الغيب بلا علامة وبرجوعه من سفره
عند سماعه صياح العقعق عند البعض وباتيان الكافر وتصديقه وبقوله انا اعلم المسروقات وبقوله
انا اخبر عن اخبار الجن اياى فان قال هذا فهو ساحر كاهن ومن صدقه فقد كفر وباعتقاده ان الملك
يعلم الغيب الثانى فى الانبياء عليهم الصلوة والسلام وفى البزازية يجب الايمان بالانبياء بعد
معرفة معنى النبى وهو المخبر عن الله تعالى باوامره ونواهيه وتصديقه بكل ما اخبر عن الله تعالى
واما الايمان بسيدنا محمد صلى الله عليه وسلم فيجب بانه رسولنا فى الحال وخاتم الانبياء والرسل فاذا آمن
بانه رسول ولم يؤمن بانه خاتم الانبياء لايكون مؤمنا وفى فصول العمادى من لم يقر ببعض الانبياء بشئ
اولم يرض بسنة من سنن المرسلين عليهم الصلاة والسلام فقد كفر وبينا حكمه فى قوله من سب
نبيا ويكفر بنسبة الانبياء الى الفواحش كعزم على الزنا ونحوه فى يوسف عليه الصلاة والسلام وقيل
ولو قال لم يعصوا حال النبوة وقبلها كفر لانه رد النصوص ويكفر بقوله لا اعلم ان آدم عليه السلام
نبى اولا وبقوله لو كان فلان نبيا لم اومن به كما فى اكثر الكتب بخلاف ما فى القنية ولا يكفر بقوله لو بعث
فلان نبيا لا ائتمرت بامره ولا بانكاره نبوة الخضر وذى الكفل عليهما السلام لعدم الاجماع على نبوتهما
ويكفر بقوله ان كان ما قال الانبياء صدقا وحقا نجونا وبقوله انا رسول وبطلبه المعجزة حين ادعى رجل
الرسالة والمتأخرون قالوا ان كان غرض الطالب تعجيزه وافضاحه لايكفر واختلف فى تصغير
شعر النبى عليه الصلاة والسلام الا اذا اراد الاهانة فلا خلاف فى الكفر اما اذا اراد التعظيم فلا
ومن قال لا ادرى ان النبى عليه الصلاة والسلام كان انسيا او جنيا يكفر ومن استخف بسنة
او حديث من احاديثه عليه الصلاة والسلام اورد حديثا متواترا او قال سمعناه كثيرا بطريق
الاستخفاف كفر وبشتمه رجلا اسمه محمد وكنيته ابو القاسم ذاكرا للنبى عليه الصلاة والسلام
وفى الاكراه الاصل اذا اكره الرجل على ان يشتم محمدا فهذا على ثلثة اوجه احدها ان يقول لم يخطر
ببالى شئ وانما شتمت محمدا عليه الصلاة والسلام كما طلبوا منى وانا غير راض به وفى هذا الوجه لايكفر
والثانى ان يقول خطر ببالى رجل من النصارى اسمه محمد فاردت بالشتم ذلك النصرانى ولا يكفر
ايضا والثالث ان يقول خطر ببالى رجل من النصارى فلم اشتم ذلك وانما شتمت محمدا عليه الصلاة
والسلام وفى هذا الوجه يكفر مطلقا لانه امكنه ان يدفع الاكراه عن نفسه بشتم محمد آخر خطر بباله
ويكفر بقوله جن النبى عليه الصلاة والسلام ساعة لا بقوله اغمى عليه ولو قيل كان النبى صلى الله تعالى
عليه وسلم يحب كذا مثلا القرع فقال رجل انا لا احبه كفر وقيل ان كان على وجه الاهانة والا لا ومن قال
او لم يأكل آدم الحنطة ما وقعنا فى هذا البلاء ففيه اختلاف ولو قال ما صرنا اشقياء يكفر وفى البزازية
قال ان آدم عليه السلام نسج الكرباس فقال نحن اولاد الحائك يكفر قال لقاؤك على كلقاء
ملك الموت ان قاله لكراهة الموت لا يكفر وان قاله اهانة لملك الموت يكفر ويكفر بتعييبه ملكا
من الملائكة او بالاستخفاف به وبقوله ان عزرائيل عليه الصلاة والسلام غلط فى قبض روح فلان
رجل قال لآخر احلق رأسك وقلم اظفارك فان هذه سنة فقال لا افعل وان كان سنة فهذا كفر لانه
قال على سبيل الانكار والرد وكذا فى سائر السنن خصوصا فى سنة هى معروفة وثبوتها بالتواتر كالسواك
ونحوه ويكفر بقوله لا ادرى ان النبى فى القبر مؤمن او كافر وبقوله ما كان علينا نعمة من النبى عليه الصلاة
والسلام لان البعثة من اعظم النعم وبقذفه عايشة رضى الله تعالى عنها وانكاره صحبة ابى بكر رضى الله

تعالى عنه وانكاره امامته رضى الله تعالى عنه على الاصح كانكار عمر رضى الله تعالى عنه على الاصح
(الثالث فى القرآن والاذكار والصلوة ونحوها اذا انكر آية من القرآن او استخف بالقرآن او بالمسجد
او بنحوه مما يعظم فى الشرع اوعاب شيئا من القرآن او خطأ او سخر بآية منه كفر الا المعوذتين
ففى انكارهما اختلاف والصحيح كفره وقيل ان كان عاميا يكفر وان كان عالما لا لكن ذهب بعض
الفقهاء الى عدم ايجاب الكفر ويكفر باعتقاده ان القرآن مخلوق حقيقة وكذا بخلق الايمان ويجب
اكفار الذين يقولون ان القرآن جسم اذا كتب وعرض اذا قرئ وفى فصول العمادية اذا قرأ القرآن
على دق الدف والقضيب يكفر وقال لمن يقرأ القرآن ولا يتذكر كلمة والتفت الساق بالساق او ملأ قدحا
وجاء به وقال كأسا دهاقا اوقال فكانت سرابا بطريق المجاز او قال عند الكيل والوزن
واذا كالوهم اووزنوهم يخسرون اوجمع اهل موضع وقال وجمعناهم جمعا اوقال وحشرناهم فلم نغادر
منهم احدا اوقال لغيره كيف تقرأ والنازعات نزعا تنصب اوترفعها واراد به الطعن اى السخرية
اوقال اصرح اسمك فان الله تعالى قال كلا بل ران على قلوبهم اودعى الى الصلوة بالجماعة فقال
انا اصلى وحدى فان الله تعالى قال ان الصلوة تنهى اوقال لغيره كل تفشلة فان التفشلة تذهب
بالريح قال الله تعالى ولاتنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم كفر فى هذه الصور كلها والحاصل
ان من استعمل كلام الله تعالى فى بدل كلامه كفر وكذا لو نظم القرآن بالفارسية ويكفر بوضع
رجله على المصحف مستخفا واذا قال القرآن اعجمى كفر ولو قال فى القرآن كلمة اعجمية ففى امره
نظر ويكفر بالاستهزاء بالاذكار وبشرب الخمر وقال بسم الله وقال ذلك عند الزنا وعند الحرام
المقطوع بحرمته اوعند اخذ كعبتين للنرد اوعند رمى الرمل وطرح الحصى كما يفعله ارباب الفال
لانه استخف باسم الله تعالى والوزان يقول فى العد مقام ان يقول واحد بسم الله ويضعه مكان قوله
واحد الا ان يريد به ابتداء العد لانه لو اراد ابتداء العد يقال بسم الله واحد لكنه لايقول كذلك بل يقتصر
على بسم الله يكفر لكن فيه كلام وان قال عند الفراغ الحمد لله لايكفر عند البعض لان حمده وقع
على الخلاص من الحرام وقيل يكفر لانه وقع على اتخاذ الحرام فاى نوى يعامل على نيته وان لم ينو
شيئا لايكفر كما فى البزازية قال بدر الرشيد وسمعت عن بعض الاكابر انه قال من قال موضع الامر للشئ
اوموضع الاجازة بسم الله مثل ان يقول له احد ادخل اواقوم اواقعد اواتقدم اواسير وقال المشير
بسم الله يعنى باذنك فبما استأذنت كفر لكن فيه كلام ويكفر بقول المريض لا اصلى ابدا
جوابا لمن قال له صل وقيل لا وكذا لا اصلى حين امر بها وقيل انما يكفر اذا قصد نفى الوجوب قال محمد
قول الرجل لا اصلى يحتمل اربعة اوجه احدها لا اصلى لانى صليت والثانى لا اصلى بامرك فقد
امرنى بها من هو خير منك والثالث لا اصلى فسقا ومجانا فهذه الثلثة ليست بكفر والرابع لا اصلى اذ ليس
يجب على الصلوة ولم اومر بها وفى هذا الوجه يكفر ولو قيل لفاسق صل حتى تجد حلاوة الصلوة فقال
لاتصل حتى تجد حلاوة الترك يكفر ويكفر بقول العبد لا اصلى فان الثواب يكون للمولى واذا قيل لرجل
صل فقال ان الله تعالى نقص عن مالى فانا انقص حقه كفر ويكفر بقوله او صار القبلة الى هذه الجهة
ماصليت وبقوله سرنماز بستة ام وبقوله اصبر الى مجئ شهر رمضان حتى نصلى فى جواب من قال صل
ومن قال له صل فقال من يقدر على ان يبلغ هذا الامر الى نهايته اوقال للآمر مازدت ومابحت
من صلوتك يكفر وبقوله نصلى رمضان ان الصلوة فى رمضان تساوى سبعين صلوة وبترك الصلوة
متعمدا غيرناو للقضاء وغير خائف للعقاب وبصلوته لغير القبلة متعمدا اوفى ثوب نجس او بغير وضوء
عمدا والمأخوذ به المكفر فى الاخير فقط وقيل لا فى الكل ومحل الاختلاف اذا لم يكن استخفافا بالدين
واما على وجه الاستهزاء والاستخفاف فيصير كافرا بالاتفاق وفى فصول العمادى ولو ابتلى انسان
بذلك ضرورة بان كان يصلى مع قوم فاحدث واستحيى ان يظهر ذلك وكتم فصلى هكذا اوكان

هرب من العدو فقام يصلي وهو غير طاهر قال بعض مشايخنا لا يكفر لانه غير مستهزئ وينبغي
لمن اضطر الى ذلك ان لا يقصد بالقيام القيام الى الصلوة ولا يقرأ شيئا واذا حنى ظهره لا يقصد الركوع
ولا السجود ولا يسبح حتى لا يصير كافرا اجماعا ويكفر بانكار فرضية الركوع والسجود مطلقا
وبالاستهزاء بالاذان لا بالمؤذن وباعادة الاذان على وجه الاستهزاء وبقوله صوت طرقة حين سمع
الاذان استهزاء وقال هذا صوت غير متعارف او صوت الاجانب او صوت الجرس او قال اين بانك
باسبان هذا اذ قصد الاستهزاء بالقراءة نفسها بخلاف ما اذا استهزأ بقارئها من خشية قبح صوته
فيها او غرابة تأديته بها وبقوله لا اؤدي الزكوة بعد الامر باداءها على قول وبقوله لو امرني الله بالزكوة
اكثر من خمسة دراهم او بالصوم اكثر من شهر لا افعل او تمنى ان لا يفرض رمضان فالصواب انه
على نيته قال عند دخول شهر رمضان جاء الشهر الثقيل او الضيف الثقيل او قال عند دخول رجب
بفتنها الندر افتاديم ان قاله تهاونا كفر وان قال اضعفه وجوعه لا يكفر ويكفر بقوله ان هذه الطاعات
جعلها الله عذابا علينا بلاءا وبل او قال لو لم يفرض الله هذه الطاعات لكان خيرا لنا وبقوله لا عند
امره بقوله لا اله الا الله لكن ان عنى به لا اقول بامرك لا يكفر وبانكاره الاهوال عند النزع او القبر
لكن المعتزلة انكروا عذاب القبر فلا يصح اكفارهم في صحيح الاقوال وبانكاره القيامة او البعث
او الجنة او النار او الميزان او الحساب او الصراط او الصحايف المكتوبة فيها اعمال العباد الا اذا انكر
البعث رجل بعينه وبانكاره رؤية الله عز وجل بعد دخول الجنة وبانكاره عذاب القبر وبقوله
لو اعطاني الله الجنة لا اريدها دونك او لا ادخلها مع فلان او او اعطاني الله الجنة لاجلك او لاجل
هذا العمل لا اريدها او لا اريد الجنة واريد رؤيته تعالى كما في اكثر الكتب لكن رؤيته تعالى اكبر
من الجنة فينبغي ان لا يكفر بطلب الاعلى ويؤيده ما قالوا من ان الدنيا حرام على اهل الآخرة والاخرة
حرام على اهل الدنيا وكلاهما حرامان على اهل الله تأمل وبقوله لا اعلم ان اليهود والنصارى
اذا بعثوا اهل يعذبون بالنار وبانكاره حشر بني آدم لا غيرهم بعدم رؤية العقوبة بالذنب وبعدم
رؤية المعاصي قبيحة وبعدم رؤية الطاعة حسنا وبعدم رؤية الثواب على الطاعة وبعدم رؤية
وجوب الطاعات ❊ الرابع في الاستخفاف بالعلم ❊ وفي البزازية فالاستخفاف بالعلماء لكونهم علماء
استخفاف بالعلم والعلم صفة الله تعالى منحه فضلا على خيار عباده ليدلوا خلقه على شريعته نيابة
عن رسله فاستخفافه بهذا يعلم انه الى من يعود فان افتخر سلطان عادل بانه ظل الله على خلقه يقول
العلماء بلطف الله تعالى اتصفنا بصفته بنفس التعليم فكيف اذا اقترن به العمل والملك عليك
لولا عدلك فاين المتصف بصفته من الذين اذا عدلوا لم يعدلوا عن ظله والاستخفاف بالاشراف
او العلماء كفر ومن قال للعالم عويلم او لعلوي عليوي قاصدا به الاستخفاف كفر من اهان الشريعة
او المسائل التي لا بد منها كفر ومن بغض عالما من غير سبب ظاهر خيف عليه الكفر او شتم فم عالم
فقيه او علوي يكفر وتطلق امرأته ثلثا اجماعا كما في مجموعة المؤيدي نقلا عن الحاوي لكن في عامة
المعتبرات ان هذه الفرقة فرقة بغير طلاق عند الشيخين فكيف الثلث بالاجماع تدبر حكي ان فقيها
وضع كتابه في دكان وذهب ثم مر على ذلك الدكان فقال صاحب الدكان ههنا نسيت المنشار
فقال الفقيه عندك لي كتابي لا منشار فقال صاحب الدكان النجار بالمنشار يقطع الخشبة وانتم
تقطعون حلق الناس او قال حق الناس امر ابن الفضل بقتل ذلك الرجل لانه كفر باستخفاف
كتاب الفقيه وفيه اشعار بان الكتاب اذا كان في غير علم الشريعة كالمنطق والفلسفة لا يكون كفرا
لانه يجوز اهانته في الشريعة يحكى عن العلامة الخوارزمي مولانا همام الدين انه قتل واحدا من
الاعونة حين اطال لسانه الى دفتر واحد من الطلبة من قال لفقيه يذكر شيئا من العلم او يروي
حديثا صحيحا هذا ليس بشئ او قال لاي شئ يصلح هذا الكلام ينبغي ان يكون الدرهم لان العزة

والحرمة اليوم للدرهم لا للعلم كفر ولو قال رجل درهم بايد علم نه چه كار آيد او قال علم بكاسه اندر
شكست كفر ويكفر بجلوسه على مكان مرتفع ويتشبه بالمذكرين ومعه جماعة يسألونه ويضحكون
منه ثم يضربونه بالمخراق وكذا يكفرون الجميع لاستخفافهم بالشرع وكذا لو يجلس على مكان
مرتفع ولكن يستهزئ بالمذكرين ويسخر والقوم يضحكون كفروا وكذا من تشبه بالمعلم على وجه
السخرية واخذ الخشبة ويضرب الصبيان كفر ويكفر من قال قصصت شاربك والقيت
العمامة على العاتق استخفافا او قال ما اقبح امر قص الشارب ولف طرف العمامة ويكفر بقوله
ماذا اعرف الشرع او قال ماذا اصنع الشرع وبقوله الشرع وامثاله لا يفيدني ولا ينقذ او قال
لماذا يصلح لي مجلس العلم او القى الفتوى على الارض وقال اين چه شرعست او قال ماذا الشرع
هذا او قال ماذا اعرف الطلاق والملاق او قال من علم حيل را منكرم او قال اذهب معي الى الشرع
فقال لا اذهب حتى تجئ بالبيدق كفر اذا عاند الشرع بخلاف ما اذا اراد دفعه في الجملة عند
المخاصمة او قصد انه يصحح الدعوى فيستحق المطالبة او تعلل لان القاضي ربما لا يكون جالسا
في المحكمة فلا يكفر اما او قال الى القاضي فقال لا اذهب فلا يكفر اذا تخاصم رجلان فقال
احدهما تعال حتى نذهب الى العالم او الى الشرع فقال الاخر من علم چه دانم يكفر ويكفر بقوله انكه
سيم كرفتى قاضي شريعت كجا بود قيل ان عنى به قاضي البلد لا يكفر او قال ان كان الشرع وامثاله
حين اخذت الدراهم يكفر ومن قال لرجل بيا بمجلس علم مى رويم فقال مرا بعلم چه كارست يكفر
ومن قيل له قم اذهب الى مجلس العلم فقال من يقدر على الاتيان بما يقولون او قال مالي ومجلس العلم
كفر او قال من يقدر على ان يعمل بما امر العلماء كفر كما في اكثر الكتب لكن لو سمع في مجلس العلم
ما لا يتيسر على كل احد من كثرة النوافل او الرياضات والمجاهدات التي تحكى عن الانبياء
وعن بعض السلف الصالح فقال تعجبا وتعظيما لشانه مقرا بعجزه عن مثله ونقصانه لا على سبيل
الاستخفاف والانكار ينبغي ان لا يكفر ويكفر بقوله لاخر لا تذهب الى مجلس العلم فان ذهبت تطلق
وتحرم امرأتك ممازحة او جدا ومن رجع من مجلس العلم فقال الآخر رجع هذا من الكنيسة كفر
ويكفر بقوله قصعة ثريد خير من العلم وبقوله الجهل خير من العلم وبقوله الجاهل خير من العالم
وبقوله زاهد جاهل خير من عالم فاسق وبقوله فعل دانشمندان همانست وفعل كافران ومن ذكر
عنده الشرع فتجشأ فقال هذا الشرع كفر ويكفر بقوله لا توحيد في علم الشريعة او علم الحقيقة
اعلى من علم الشريعة او لا حقيقة في علم الشريعة او علم الحقيقة احب الي من الشريعة ويريد
بالحقيقة علم الفلاسفة

﴿الخامس في التفرقات﴾

ويكفر بقوله الايمان يزيد وينقص
وبقوله لا ادري الكافر في الجنة او في النار وبقوله لا اترك النقد لاجل النسيئة جوابا لقوله دع الدنيا
للآخرة وبقوله انا مخلد وبقوله النصرانية خير من اليهودية لانه اثبت الخيرية لما هو قبيح شرعا
وعقلا ثابت قبحه بالقطعي بل يقول اليهودية شر من النصرانية وبقوله لا في جواب الست بمسلم
وبقوله لا اسمع كلامك وافعل جزاء في جواب من قال اتق الله ولا تفعل وبقوله قتل فلان او دم فلان
حلال او مباح قبل ان يعلم سببا موجبا للقتل وكذا من قال لهذا القائل صدقت او احسنت الا ان يراد به
الشتم فينبغي ان لا يكفر بل يعزر وبقوله مال فلان المسلم لي حلال قبل تحليل المالك اياه ولو قال
لامير يقتل بغير حق كما اذا قتل سارقا او شاربا جودت له او احسنت يكفر وبقوله ليتني لم اسلم الى هذا
الوقت حتى ارث ابي وبقوله لبيك او قال نحن كذلك في جواب من قال يا كافر او يا مجوسي او يا يهودي
او يا نصراني وبقوله انا ملحد وبقول المعتذر كنت كافرا فاسلمت عند البعض وقيل لا وبتبجيل
الكافر حتى لو سلم على الذمي تبجيلا كفر وبقوله للمجوسي يا استاذ تبجيلا وبقوله الحرام احب
الي من الحلال في جواب من قال كل من الحلال وباعتقاد الحلال حراما وعلى العكس هذا اذا كان

حراما بعينه وحرمته ثابتة بدليل قطعي اما لو باخبار الآحاد لا يكفر ولو قال نعم الامر اكل الحرام قيل
يكفر ومن قال احب الخمر ولا اصبر عنها قيل يكفر وبقوله الخمر ليست بحرام لانه استحل الحرام القطعي
وباستحلال اللواطة ان علم ان حرمته من الدين وبتمنيه ان لم يحرم الظلم او الزنا او القتل بغير حق
او كل حرام لا يكون حلالا في وقت بخلاف الخمر فلو تصدق على فقير شيئا من المال الحرام يرجو
الثواب يكفر ولو علم الفقير بذلك فدعا له وامن المعطي كفر ولو شتم فم مسلم يكفر وتطلق
امرأته بائنا وهو الاصح مما قاله البعض من انها تطلق ثلاثا كما في مجموعة المؤيدي نقلا عن الحاوي هذا
قول محمد وعند الشيخين ان هذه فرقة بغير طلاق كما قررناه آنفا على انه افتى في زماننا عدم الكفر
ولو سب طعاما بكلمة الجماع يكفر ولو شتم حيوانا من المأكولات والماء فعند الامام يكفر وعندهما
لا ولا يكفر في قولهم جميعا لو شتم حيوانا لا يؤكل ومن ابتلى بمصيبات متنوعة فقال اخذت مالي واخذت
ولدي كذا وكذا فماذا تفعل ايضا وماذا بقي ولم تفعله وما اشبه هذا من الالفاظ فقد كفر ويكفر
بقول المريض المشتد مرضه ان شئت توفني مسلما وان شئت كافرا ارتكب معصية صغيرة
فقال له قائل تب فقال ماذا صنعت حتى اتوب يكفر قال اظالم تؤذي الله والمسلمين فقال نعما فعل
خوش مي كنم كفر وفي البزازية ومن قال للظالم انه عادل يكفر وكذا للامراء في زماننا لانها
جائرون بيقين ومن سمى الجور عدلا كفر وقيل لا يكفر لان له تأويلا وهو ان يقول اردت به انه
عادل عن غيرنا او هو عادل عن طريق الحق هذا اذا لم يرد به حقيقة اللفظ اما اذا اراد به حقيقة
اللفظ فيكفر عند الكل فلا يكفي عدله في قضية جزئية لان في العرف لا يطلق الا على من استمر
على وتيرة الشرع بين الرعايا ومن قال لمن اخذ مقاطعة على مال معلوم مبارك باد يكفر ومن تكلم
بكلمة الكفر وضحك منه آخر كفر الضاحك الا ان يكون ضروريا بان يكون الكلام مضحكا ولو
تكلم الواعظ بكلمة الكفر وقبل منه القوم كفر الكل وقيل اذا سكت القوم عن الذكر وجلسوا
عنده بعد تكلمه بالكفر كفر واذا علموا ان هذه الكلمة كفر ويكفر بقوله اماته الله قبل حيوته
وبقوله زدني واطلب يوم القيمة في جواب من قال لمديونه اعط الدراهم في الدنيا فانه لا دراهم
في الآخرة يعني تؤخذ حسناتك وعند البعض لا يكفر وبقوله اعطني برا اعطيك يوم القيمة شعيرا
او على العكس وبقوله مالي في المحشر وبقوله لا اخاف المحشر او لا اخاف القيمة وبقوله انا بري
من الموت عند البعض وبقوله لا اخر اذهب معك الى حفير جهنم او الى بابها ولكن لا ادخلها
وبقوله الى جهنم او الى طريق جهنم عند البعض وبقوله كفرت حين تكلم بكلمة زعم القوم انها
كفر فليست بكفر ويكفر بقوله لا حمية ولا دين لي في جواب من قال ليس لك حمية ولا دين
وبقوله لولده يا ولد الكافر عند البعض وبقوله لدابته يا دابة الكافر ويا ملك الكافر ان كانت
نتجت عنده والا لا وبقوله ما امرني فلان افعل ولو يكفر وبقوله فلان اكفرني او قال
ضاق صدري حتى اردت ان اكفر او كدت ان اكفر او كان زمان اقرب الى الكفر وبقوله صيرورة
المرء كافرا خير من الخيانة وبانكاره ونفيه حكمة المطر وبقوله بعد قبلة اجنبية هي حلال وبتمنيه
ان لم يحرم الاكل فوق الشبع وبقوله لا يقال للسلطان هكذا في جواب من قال يرحمك الله حين
عطس السلطان وبقوله بارك الله في كذبك لمن كذب وباستحسانه باطلا من كلام اهل البدعة
وبقوله للقبيح انه حسن وبقوله انت مثل ابليس ولا يكفر بقوله انت عندي مثل ابليس عند الله
ويكفر بخروجه الى نيروز المجوس والموافقة معهم فيما يفعلونه في ذلك اليوم وبشرائه يوم النيروز
شيئا لم يكن يشتريه قبل ذلك تعظيما للنيروز لا للاكل والشرب وباهدائه ذلك اليوم للمشركين
ولو بيضة تعظيما لذلك اليوم لا يكفر باجابة دعوة مجوسي حلق رأس ولده ويكفر بوضع قلنسوة
المجوس على رأسه على الصحيح الا لتخليص الاسير او لضرورة دفع الحر والبرد عند البعض وقيل

إن قصد به التشبه يكفر وكذا شد الزنار فى وسطه وفى البزازية ويحكى عن بعض من الاساقفة انه يقول ماذكر من الفتاوى انه يكفر بكذا وكذا انه للتخويف والتهديد لا لحقيقة الكفر وهذا كلام باطل وحاشا ان يلعب امناء الله تعالى اعنى علماء الاحكام بالحلال والحرام والكفر والاسلام بل لايقولون الا الحق الثابت عند سيدنا محمد عليه الصلوة والسلام عصمنى الله واياكم عن زلل اللسان وتكلم كلمة الكفر بالخطاء والنسيان آمين بحرمة سيد المرسلين صلوات الله تعالى عليه وعليهم اجمعين

﴿باب﴾ فى بيان احكام (البغاة) جمع الباغى من البغى وهو التجاوز عن الحد وفى الفتح البغى فى اللغة الطلب تقول بغيت كذا اى طلبته قال الله تعالى حكاية ذلك ما كنا نبغى ثم اشتهر فى العرف فى طلب ما لا يحل من الجور والظلم وفى التنوير وهو فى عرف الفقهاء هم الخارجون على الامام الحق بغير حق والامام يصير اماما بالمبايعة معه من الاشراف والاعيان وبان ينفذ حكمه فى رعيته خوفا من قهره وجبروته فان بويع ولم ينفذ حكمه فيهم لعجزه عن قهرهم لا يصير اماما فاذا صار اماما فجار لا ينعزل ان كان له قهر وغلبة والا ينعزل (اذا خرج قوم مسلمون عن طاعة الامام) اى الخليفة العدل لا عن ظلم بهم فلو خرجوا عليه لغلبة ظلمهم فليسوا ببغاة كما فى اكثر الكتب (وتغلبوا على بلد) وفى القهستانى وفيه رمز الى انهم يكونون اهل بغى وان كانت منعة الامام اقل من منعتهم لان المنعة لا تظهر فى حق الشارع والى انه يشترط ان يكونوا ظانين انهم على الحق والامام على الباطل متمسكين بشبهة وان كانت فاسدة بانهم غير فاسقين بالاتفاق فان لم يكن لهم شبهة فهو فى حكم اللصوص والى انه يشترط ان يكون الامام والقوم مسلمين والى انهم مرتكبون للكبيرة فان طاعة الامام فرض والى ان الامام لا يطاع فى معصية بالنص والاجماع (دعاهم) الامام (الى العود) اى الى طاعته وهذه الدعوة ليست بواجبة فان اهل العدل لو قاتلوهم من غير دعوة الى العود لم يكن عليهم شئ ولانهم علموا ما يقاتلون عليه فجاز لهم كالمرتدين واهل الحرب بعد بلوغ الدعوة (وكشف شبهتهم) التى استندوا اليها فى خروجهم عن طاعته لانه اهون الامرين فاذا اجابوا الى الطاعة تم المرام وان قالوا فعلنا لظلمك فالامام ازاله فالناس لا يعينون الامام والبغاة (وبدأهم) الامام (بالقتال) اى قبل ان يبدأوا بالقتال (او تحيزوا) اى اتخذوا حيزا اى مكانا (مجتمعين) فى ذلك المكان على ما نقله الامام خواهر زاده عن اصحابنا (وقيل) قائله القدورى (لا) يبدأ بقتالهم (ما لم يبدأوا) اى البغاة بالقتال فان بدأوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم وهو قول الشافعى فان قتل المسلم ابتداء لا يجوز ولنا ان الحكم يدور على الدليل وهو تعسكرهم واجتماعهم فان صبر الامام الى بدأتهم ربما لا يمكن دفع شرهم وهو المذهب وفى القهستانى وجب كسر منعتهم بلا سلاح ان امكن والا فلا بأس بالقتال بالسلاح وفى الكشف ان لم يعزموا على الخروج لا يتعرض لهم بالقتل والحبس والا يجب على كل من كان له قوة القتال ان يقاتلهم مع الامام (فان كان لهم) اى للبغاة (فئة) اى جماعة يلحقون بهم (اجهز) على صيغة المبنى للمفعول (على جريحهم) وهو كناية عن اتمام القتل وفى البحر جهز على الجريح كمنع واجهز اثبت قتله واسرعه وتمم عليه وموت مجهز وجهيز سريع كما فى القاموس (واتبع موليهم) على البناء للمفعول للقتل والاسر لان جريحهم يحتمل ان يبرأ فيعود الى القتال وكذا من ولى منهم وموليهم بالنصب مفعول ثان وهو اسم فاعل من ولى تولية اذا ادبر كتولى ولم يذكر حكم اسيرهم وفى الاختيار الاحسن الحبس لانه يؤمن شره من غير قتل وفى المرأة المقاتلة اذا اخذت حبست ولا تقتل الا فى حال مقاتلتها وعند الائمة الثلثة لا يجهز ولا يتبع (والا) اى وان لم يكن لهم فئة (فلا) يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم لان شرهم مندفع بدونه فلا قتل لكونهم مسلمين (ولا يسبى ذريتهم) او شيخهم وزمنهم واعماهم لانهم لا يقتلون اذا كانوا مع الكفار فهذا اولى كما فى الاختيار وعلى هذا ان يقتل ذا رأى

ومال كما اذا كان مع الكفار (ولا يقسم مالهم بل يحبس) اموالهم (حتى يتوبوا فيرد عليهم) بالاجماع
لان الاسلام يعصم النفس والمال والحبس كان لدفع شرهم (وجاز استعمال سلاحهم وخيلهم
عند الحاجة) فلو كان غير محتاج اليهما وضع السلاح عند سائر اموالهم و يباع الخيل ويحبس ثمنه
لاحتياجه الى النفقة ولا ينفق عليه من بيت المال وقال الشافعي لا يجوز لانه مال مسلم فلا يجوز
الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا رضى الله تعالى عنه قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة
وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك وان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففى مال
الباغى اولى (وان قتل باغ مثله فظهر عليهم) اى على البغاة (لا يجب شئ) من القصاص والدية
لانقطاع ولاية الامام عنهم وفى البحر يصنع بقتلى اهل العدل ما يصنع بسائر الشهداء لانهم شهداء
واما قتلى اهل البغى فلا يصلى عليهم ولكنهم يغسلون ويكفنون ويدفنون وهو الصحيح (وان غلبوا
على مصر فقتل بعض اهله) اى اهل المصر (آخر منه) اى من المصر (عمدا قتل) القاتل قصاصا
(به) اى بقتل مثله (اذا ظهر على المصر) اذا لم يجر على اهل المصر احكام البغاة وازعجوا قبل
ذلك لانه حينئذ لم تنقطع ولاية الامام وبعد اجراء احكامهم تنقطع فلا يجب القصاص ولكن
يستحق عذاب الآخرة كما فى الهداية والفتح وبهذا ظهر لك انه لابد من هذين القيدين تدبر
(وان قتل عادل مورثه الباغى يرثه) اى يرث العادل من ذلك الباغى مطلقا لانه قتل بحق وفيه
اشعار بانه يحل للعادل قتل ذى رحم محرم منه الا انه لا يباشر قتله الا دفعا لهلاك نفسه ويحتال
فى امساكه ليقتل غيره (ولو) كان الامر (بالعكس) اى لو قتل الباغى مورثه العدل (لا يرثه الباغى)
عند الطرفين (الا ان ادعى انه كان) فى قتله (على الحق) زعما ان البغى انما هو فى جانب مورثه فيرثه
(وعند ابى يوسف لا يرثه) اى الباغى العادل (مطلقا) اى سواء كان ادعى انه كان على الحق
او على الباطل وهو قول الشافعى لانه قتل بغير حق فيحرم من الميراث اعتبارا بالخطاء ولهما انه قتل
بتأويل يسقط معه الضمان فلا يوجب حرمان الارث لانه من باب العقوبة وفى الهداية العادل
اذا اتلف نفس الباغى او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغى اذا قتل العادل
لا يضمن عندنا ويأثم وفى المحيط العادل اذا اتلف مال الباغى يؤخذ بالضمان وبين الكلامين مخالفة
الا ان يحمل ما فى الهداية على ما اذا اتلفه حال القتال اذا لم يمكن الا باتلاف شئ من مالهم كالخيل
لا على ما اتلفه فى غير هذه الحالة لان مالهم معصوم واعتقاد الحرمة موجود فلا معنى لمنع الضمان
(وكره بيع) نفس (السلاح) فلا يكره بيع ما يتخذ منه كالحديد (ممن علم انه من اهل الفتنة) لانه
اعانة على المعصية (وان لم يعلم) الفتنة (فلا) يكره لان الغلبة فى الامصار لاهل الصلاح

﴿كتاب اللقيط﴾

لما كان فى الالتقاط دفع الهلاك عن نفس اللقيط ذكره عقيب
السير الذى فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس وهو
فى اللغة ما يلتقط اى يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبى المنبوذ لانه بصدد ان يلقط
وفى الاصطلاح اسم لمولود حى طرحه اهله خوفا من العيلة او التهمة سمى به باعتبار ما يؤل اليه
وهو من باب وصف الشئ بالصفة المشاركة كقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه
وشرط فى المستصفى ان لا يعرف نسبه (التقاطه) اى اخذ اللقيط (مندوب) من تركه ان
لم يخف هلاكه بان كان فى مصر لما فيه من الرحم (وان خيف هلاكه) بان كان فى مفازة ونحوها
من المهالك (فواجب) صيانة له ودفعا للهلاك كمن رأى اعمى يقع فى البئر ونحوها يجب عليه حفظه
عن الوقوع وعند الائمة الثلثة فرض عين (وكذا اللقطة) يعنى التقاطها مع الاشهاد واجب ان
خيف هلاكها ومندوب ان لم يخف وامن نفسه عليها وقال بعض التابعين يحل رفعها وتركها
افضل (وهو) اى اللقيط (حر) فى جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد ولا يحد قاذف امه لان الاصل

في بني آدم الحرية وكذا الدار دار الاحرار لان الحكم للغالب (الا ان يثبت رقه بحجة) اى بحجة احد على انه رقيق فانه حينئذ يكون عبدا والحجة بينة اقيمت على الملتقط اذا كان اللقيط صغيرا او بينة على اللقيط او تصديقه ان كان كبيرا كما في القهستاني وشرط ان يكون الشهود مسلمين الا اذا اعتبر بوجوده في موضع الكفار كما في اكثر الكتب هذا على رواية كتاب اللقيط من المبسوط واما في رواية ابن سماعة عن محمد فالعبرة للواجد لقوة اليد كما سيأتي فلا تقبل شهادة الكفار على هذه الرواية اذا كان الملتقط مسلما تأمل (ونفقته) وكذا الكسوة والسكنى (في بيت المال) او لم يوجد له مال هكذا روى عن عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما (وكذا جنايته) في بيت المال (وارثه له) اى لبيت المال لان الغرم بالغنم (وان انفق عليه الملتقط فهو متبرع) لا يكون دينا عليه لعدم الولاية (الا ان يأذن الحاكم) بانفاقه عليه (بشرط الرجوع) فحينئذ يكون دينا على اللقيط لعموم الولاية فيرجع الملتقط عليه اذا كبر واذا مات في صغره يرجع على بيت المال وقال الطحاوى ان مجرد الامر بالانفاق يكفي للرجوع والاصح ما في المتن لان مطلق الامر يحتمل الحسبة والاستدانة فلا يرجع عليه بالشك (او يصدقه اللقيط اذا بلغ) يعني اذا لم يأمر القاضي بانفاقه فصدقه اللقيط بعد البلوغ في انه انفقه للرجوع فله الرجوع لانه اقر بحقه كما في شرح المجمع لابن ملك لكن في البحر خلافه فانه قال وينبغي ان يكون معنى التصديق تصديقه انه انفق بامر القاضي على ان يرجع لا تصديقه على الانفاق لانه لو كان بلا امر القاضي لا رجوع له فتصديقه وعدمه سواء وادعى الملتقط الانفاق بقول القاضي على ان يكون دينا عليه فكذبه اللقيط لا يرجع الا ببينة بخلاف القاضي اذا انفق على الصغير (ولا يؤخذ) اللقيط (من ملتقطه) قهرا سواء كان رجلا او امرأة لانه ثبت له حق الحفظ لسبق يده فله ان يدفع الى غيره باختياره فلو دفع اليه لم يأخذ منه لانه ابطل حقه بالاختيار وله ان ينقله الى حيث شاء وينبغي ان ليس له نقله من مصر الى قرية او بادية كما في البحر ولو انتزعه احد واختصمه الاول والثاني الى القاضي فان القاضي يدفعه الى الاول وينبغي ان ينزع منه اذا لم يكن اهلا لحفظه وفي البحر ينزع من سفيه وفاسق وكافر ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا قضى به للمسلم (وان ادعاه واحد) انه ابنه قبل قوله و(ثبت نسبه) اى اللقيط استحسانا (منه) اى ممن يدعى اذا لم يدعه الملتقط واللقيط حى فاذا مات لم يصدق الغير الا بحجة فان ادعاه فدعوته اولى وان كان ذميا والآخر مسلما لانه صاحب يد (ولو) كان المدعى (عبدا) لان ثبوت النسب منه اولى من الانتفاء بالكلية (وهو) اى اللقيط مع كون ابيه عبدا (حر) لان ولد العبد قد يكون حرا بكون امه حرة فلا تبطل الحرية الثابتة تبعا للدار بالشك (او) كان المدعى (ذميا وهو) اى اللقيط مع كون ابيه ذميا (مسلم ان لم يكن) اى ان لم يوجد (في مقرهم) اى مقر الذميين لان دعوته تضمنت النسب وهو انفع له وابطال الاسلام الثابت بالدار يضره فصحت فيما ينفعه دون ما يضره ولا يلزم من كونه ابنا له ان يكون كافرا كما لو اسلمت امه وهو الاستحسان (وذمى ان كان) اى وجد (فيه) اى في مقر الذميين وهذا تصريح بان المعتبر هو المكان وقد اختلف المشايخ فيه وحاصله ان هذه المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين فيكون مسلما والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر فيكون كافرا والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان الكفار ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط العبرة للمكان لسبقه وفي رواية ابن سماعة عن محمد العبرة للواجد لقوة اليد وفي رواية ايهما كان موجبا لاسلامه فهو المعتبر لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه وهو انفع له كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغي للمصنف تقييد الواجد بكونه ذميا لان الواجد اذا كان مسلما يلزم ان يكون اللقيط مسلما على الروايتين الاخيرتين تأمل وعند الائمة الثلاثة مسلم مطلقا (وان ادعى اثنان معا) كل منهما انه ابنه

(ثبت) نسبه (منهما) لعدم الاولوية وفيه اشارة الى انه لوادعته امرأة ذات زوج فان صدقها زوجها اوشهدت لها القابلة او اقامت البينة صحت والا لاتصح الدعوى وان لم يكن لها زوج فلابد من نصاب الشهادة وان اقامتا البينة ثبت منهما عند الامام وعندهما لايثبت وهو رواية عن الامام والى انه لوادعى اكثر من رجلين لم يثبت منه عند ابى يوسف واما عند محمد فيثبت من الثلاث لاالاكثر وعن الامام يثبت من الاكثر (وان وصف احدهما علامة فيه) اى فى جسده و وافق لان الظاهر شاهد له (اوسبق) احدهما فى الدعوة على الآخر (فهو اولى) الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى وانما قيدنا بالموافقة لانه لو وصف واخطأ ولو فى بعض فلاترجيح وهو ابنهما وفى البحر ان العلامة مرجحة عند عدم مرجح اقوى منها فيقدم ذوالبرهان على ذى العلامة والمسلم على الذمى ذى العلامة وظاهر ما فى الفتح تقديم ذى اليد على الخارج ذى العلامة وينبغى تقديم الحر على العبد ذى العلامة (والحر والمسلم) فى دعوته (اولى من العبد والذمى) لف ونشر مرتب لان حرية الاب انفع له وكذا اسلامه اذا كان حراوان كان عبدا فالذمى اولى لان الترجيح بالاسلام يكون عند الاستواء ولو ادعاه حران احدهما انه ابنه من هذه الحرة والآخر من الامة فالذى يدعيه من الحرة اولى (وان شد عليه) اى على اللقيط (مال او) شد المال (على دابة هو) اى اللقيط (عليها) اى على الدابة (فهو) اى المال (له) اى اللقيط عملا بالظاهر وعن محمد ان كان بحال يستمسك عليها كان له والا فلا (ينفق) الملتقط (منه) اى من المال (عليه) اى على اللقيط باذن قاض) لانه مال ضائع وللقاضى ولاية صرف مثله اليه (وقيل) ينفق منه عليه (بدونه) اى دون اذن القاضى (ايضا) اى كما ينفق باذن القاضى ويصدق فى نفقة مثله والصحيح الاول (وله) اى للملتقط (شراء ما لابدله) اى اللقيط (منه) اى من المال (من طعام وكسوة) وغيرهما لانه من الانفاق هذا بيان لما الموصولة (و) للملتقط (قبض هبة) اى قبض ماوهب اللقيط وكذا قبض صدقة لانه نفع محض ولذا يملكه و وصيه (وتسليمه فى حرفة) نظراله لانه من باب تثقيفه وله نقله حيث شاء (لا) يجوزله (تزويجه) لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة فانكحه السلطان ومهره فى بيت المال وفى الخسانية وليس له ان يختنه فان فعل ذلك وهلك كان ضامنا (و) لا (تصرفه فى ماله) اى مال اللقيط (لغيرماذكر) وفى القهستانى تصرف فى ماله من التجارة اعتبارا بالام ففى الكلام تسامح (ولااجارته) اى اللقيط اى اخذ الاجرة لنفسه اعتبارا بالعم (فى الاصح) وهورواية الجامع الصغير بخلاف الام فانها تملك الاستخدام فتملك الاجارة (وقيل) وهى رواية القدورى (له اجارته) لانه يرجع الى تثقيفه

﴿كتاب اللقطة﴾

هى من الالتقاط وهو الرفع وهى بضم اللام وفتح القاف اسم للاخذ وبسكون القاف اسم للمال الملقوط كالضحكة بفتح الحال اسم فاعل وبسكونها اسم مفعول وهذا عن الخليل وعن الاصمعى وابن الاعرابى والفراء انها بفتح القاف اسم للمال ايضا وفى اصطلاح الفقهاء هى رفع شئ ضائع للحفظ على الغير لاللتمليك (هى) اى اللقطة (امانة) بالاتفاق لايضمنها الملتقط الا بالتعدى والمنع بعد الطلب (ان اشهد) عند القدرة شاهدين (انه اخذها ليردها على صاحبها) فلو وجدها فى طريق وغيره وليس فيه احد اشهد عند الظفر به فاذا ظفر ولم يشهد ضمن الا اذا ترك الاشهاد لخوف ظالم كما فى زماننا هذا والقول قوله مع يمينه خوفى منعنى من الاشهاد (والا) اى وان لم يشهد كذلك فهلكت (ضمن) عند الطرفين ولم يشترط ابو يوسف الاشهاد كما فى اكثر الكتب وفى الينابيع ذكر فى بعض الكتب قول محمد مع الامام والاصح انه مع ابى يوسف والاول الصحيح قيد بالاشهاد لانه لواقر انه اخذها لنفسه يضمن اتفاقا ولانه لو تصادقا على انه اخذها ليردها لم يضمن اتفاقا هذا اذا اتفقا انه لقطة وان اختلفا فقال صاحبها اخذتها غصبا وقال الملتقط لا بل اخذتها لقطة لك يضمن

اتفاقا كما فى اكثر الكتب وبه علم ان الاشهاد انما هو شرط عند الاختلاف وفيه الاشارة الى ان البالغ والصبى سواء فى الضمان بترك الاشهاد فاشهد ابوه اووصيه وعرفه ثم يصدق (والقول للمالك ان انكر اخذه للرد) اى ان لم يشهد عليه وقال الملتقط اخذته للمالك وكذبه المالك فانه ضامن عند الطرفين (وعند ابى يوسف) القول (للملتقط) فلا يضمن لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية وهو قول الائمة الثلثة ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير ثم ادعى ما يبريه فوقع الشك فلا يصدق الا ببينة وفى الحاوى ترجيح قول ابى يوسف حيث قال وبه نأخذ وعلى هذا الخلاف او قال مالكها اخذتها لنفسك وقال الملتقط بل اخذتها لاجلك وفى النوادر لو ضاعت فى يده ثم وجدها فى يد رجل فلا خصومة معه بخلاف المودع وفى البحر اذا اخذ الرجل لقطة ليعرفها ثم اعادها الى المكان الذى اخذها منه فقد برئ من الضمان هذا اذا اعادها قبل ان يتحول عن ذلك المكان اما لو اعادها بعد ما تحول يضمن فى غير ظاهر الرواية (ويكفى فى الاشهاد قوله) اى الملتقط (من سمعتموه ينشد) اى يطلب (لقطة فدلوه) جمع امر مخاطب من دل (على) قليلة كانت اوكثيرة واحدة اواكثر لانها اسم جنس (ويعرفها) اى يجب تعريف اللقطة (فى مكان اخذها) فانه اقرب الى الوصول (وفى المجامع) اى مجامع الناس كابواب المساجد والاسواق فانه الى وصول الخبر اقرب (مدة) اى زمانا (يغلب على ظنه) اى الملتقط (عدم طلب صاحبها) اى اللقطة (بعدها) اى بعد هذه المدة (هو الصحيح) وعليه الفتوى وهو مختار شمس الائمة السرخسى لان ذلك يختلف بقلة المال وكثرته فيفوض الى رأى المبتلى وهو خلاف ظاهر الرواية فانه عرفها سنة نفيسة كانت او خسيسة وهو قول الائمة الثلثة (وقيل ان كانت عشرة دراهم او اكثر فحولا) اى فيعرفها حولا (وان كانت اقل فاياما) على حسب ما يرى وهو رواية عن الامام وعنه وعن غيره غير هذا ثم اختلف فى التقدير من قدر المدة بالحول ونحوه قيل يعرفها كل جمعة وقيل شهر وقيل ستة اشهر (وما لا يبقى) كالاطعمة المعدة للاكل وبعض الثمار (يعرف الى ان يخاف فساده) اى الى مدة يظن انها تفسد فيها ولا خلاف فى ذلك فلو وجد اللحم او اللبن او الفواكه الرطبة ونحوها عرف الى تلك المدة كما فى المختار ولم يتناول الثمار الساقطة تحت الاشجار فى الامصار والمختار انها اذا لم تكن مما يبقى يجوز ولا خلاف فى ذلك اذا كانت فى الرساتيق واما ما على الاشجار فلا يؤخذ فى موضع ولا بأس بالانتفاع عن التفاح والكمثرى الذى فى نهر جار كما فى المحيط وفى التنوير حطب وجد فى الماء له قيمة فلقطة والاخلال لآخذه لكن فى النظم لو كانت مما لا يبقى باعها بامر القاضى ثم حفظ ثمنها كما فى القهستانى وعند الشافعى يبيعها ويتربص ثمنها حولا (ثم) اى بعد ما مضى مدة التعريف ولم يظهر مالكها (يتصدق) الملتقط (بها) اى باللقطة (ان شاء) لانه لما عجز عن ايصال عين اللقطة الى صاحبها جاز له ان يوصل عوضها وهو الثواب على اعتبار اجازته الا ان الافضل ان يحفظه ليجئ صاحبها فان التصدق رخصة والحفظ عزيمة (وان جاء ربها بعده) اى بعد التصدق بعد التعريف مدته (اجازه) اى التصدق ربها (ان شاء) ولو بعد هلاكها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لكن لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته وانما قيدنا ولو بعد هلاكها لئلا يتوهم اشتراط قيامها للاجازة وليس ذلك بشرط (واجره له) اى ثواب التصدق له (او ضمن الملتقط) لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه ولو بامر القاضى وهو الصحيح لان امره لا يكون اعلى من فعله والقاضى لو تصدق بها كان له ان يضمنه (او) ضمن (الفقير لو) كانت (هالكة) قيد لهما جميعا لانه قبض ماله بغير اذنه (وايهما ضمن لا يرجع على الآخر) لان كلا منهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم بغير اذن صاحبها والفقير بالتسليم بدون اذنه (ويأخذها) اى المالك اللقطة (منه) اى من الفقير

(ان) كانت (قائمة) لانه وجد عين ماله (ولقطة الحل والحرم سواء) عندنا لان النص الدال
على مشروعية الالتقاط بشرط الاشهاد مطلق يتناول لقطتهما وعند الشافعي يجب تعريف
لقطة الحرم الى مجيء صاحبها (ويجوز التقاط البهيمة) الضالة مالم يخف ضياعها وفي البحر
وان كان مع اللقطة مايدفع به عن نفسه كالقرن للبقرة وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفحه يقضى
بكراهية الاخذ وبه علم ان التقاط البهيمة على ثلثة اوجه لكن ظاهر الهداية ان صورة الكراهة
انما هي عند الشافعي لاعندنا وانما قيدنا بالضالة لان من رأى دابة في غير عمارة او برية لايأخذها
مالم يغلب على ظنه انها ضالة بان كانت في موضع لم يكن بقربه بيت مدر او شعر او قافلة نازلة اودواب
في مرعاها كما في اكثر الكتب وقيدنا بما لم يخف ضياعها لانه ان خافه لايسعه تركه كما في الولوالجية فعلى
هذا علم ان المصنف اخل بتركهما تأمل وفي القاموس البهيمة كل ذات اربع ولو في الماء او كل حي لايميز
والجمع بهائم انتهى فشمل الدواب والطيور والابل والبقر والغنم والدجاج والحمام الاهلي كما في الحاوي
وفي البحر من اخذ بازيا او شبهه وفي رجليه سير او جلاجل فعليه ان يعرفه للتيقن بثبوت يد الغير
عليه قبله وكذا لو اخذ ظبيا وفي عنقه قلادة او حمامة في المصر يعرف ان مثلها لايكون وحشية
فعليه ان يعرفها وفي التنوير محضنة حمام اختلط بها اهلي بغيره لاينبغي له ان يأخذه وان اخذه طلب
صاحبه ليرده عليه فان فرخ عنده فان كانت الام غريبة لايتعرض لفرخها وان كانت الام لصاحب
المحضنة والغريب ذكر فالفرخ له ولم يذكر هل يلزم الجعل اولا وفي المنح ولو التقط لقطة او وجد ضالة
فرده على اهله لم يكن له جعل وان عوضه شيئا فحسن ولو قال من وجده فله كذا فاتى به انسان
يستحق اجرة مثله كما في التاتارخانية وعلله في المحيط بانها اجارة فاسدة لكن فيه نظر لانه لاقبول لهذه
الاجارة فلا اجارة اصلا كما في البحر هذا مسلم ان وجده قبل هذا القول اما ان وجده بعده فيستحق
اجرة مثله تأمل (وهو) اى الملتقط (متبرع في انفاقه عليها) اى على اللقطة (بلا اذن حاكم)
اى سلطان او قاض لقصور ولايته فلا يرجع الى ربها (وان) انفق عليها (باذنه) اى الحاكم
(بشرط الرجوع فدين على ربها) فله الرجوع لان للقاضي ولاية في مال الغائب وعلى اللقيط
نظرا لهما وقد يكون النظر بالانفاق قيده بشرط الرجوع لانه لو امره ولم يقل على ان ترجع
لايكون دينا في الاصح (له) اى الملتقط (ان يحبسها) اى اللقطة (عنه) اى عن اللاقط
(حتى يأخذه) اى يأخذ ما انفقه كحبس المبيع لاجل الثمن (فان امتنع) صاحبها عن اداء
ما انفقه (بيعت) اللقطة (في) حق (النفقة) كالرهن (فان هلكت) اى العين في يد الملتقط
(بعد الحبس سقط) الدين كالرهن (وان) هلكت (قبله لا) يسقط هذا الدين لانها امانة
(ويوجر القاضي) ولو حكما كما اذا اذن الملتقط ان يوجر (ماله منفعة) يعني اذا رفع ذلك الى الحاكم
ننظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها (وينفق منها) اى من الاجرة لان فيه ابقاء العين على
مالكه من غير الزام الدين عليه (ومالا منفعة له) من لقطة (يأذن) القاضي للملتقط (بالانفاق)
عليها (ان) كان الانفاق (اصلح) لربها من البيع ورجع عليه (اذا اقام) الملتقط (البينة
انها لقطة) اى لايأذن القاضي بالانفاق ولا بالبيع حتى يقيم البينة انها لقطة عنده في الصحيح
لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده فيحتال لايجاب النفقة على صاحبها وهذه البينة انما هي لكشف
الحال فتقبل مع غيبة صاحبها (وان قال) الملتقط (لابينة لي يقول) القاضي (له) اى الملتقط
(انفق عليها) اى اللقطة (ان كنت صادقا) فيما قلت فحينئذ له الرجوع ان كان صادقا والا فلا
وقيل ينبغي للحاكم ان يحلفه ثم يأمره بالانفاق عليها يومين او ثلثة على قدر مايرى رجاء ان يظهر
مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان ادارة النفقة مستأصلة فلا يضر في الانفاق مدة مديدة
كما في الهداية وعن هذا قال (والا) اى وان لم يكن الانفاق اصلح بان كانت النفقة تستغرق

قيمة اللقطة (باعه) القاضي الملتقط او الحيوان فان ظهر المالك ليس له نقض البيع ان بيع باذن الحاكم وان بغير امره ان قائما ان شاء اجازه واخذ الثمن وان شاء ابطله واخذ عين ماله وان كان هالكا ان شاء ضمن البايع ونفذ البيع من جهة البايع في ظاهر الرواية وبه اخذ عامة المشايخ وان شاء ضمن المشترى كما في الفتح (وامر) الملتقط (بحفظ ثمنه) اى ثمن الملتقط او الحيوان ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة ولو انث الضمير فيهما لكان اولى تأمل (وللملتقط ان ينتفع باللقطة بعد التعريف لو) كان (فقيرا) لان صرفه الى فقير آخر كان للثواب وهو مثله وفي الظهيرية لو باعها الفقير وانفق الثمن على نفسه ثم صار غنيا لم يتصدق بمثله على المختار (وان) كان الملتقط (غنيا تصدق بها) اى باللقطة على فقير بعد التعريف ولو بلا اذن الحاكم ويجوز للغني الانتفاع باذنه على وجه القرض كما في اكثر المعتبرات لكن في الخانية خلافه في الصورتين تتبع (ولو) كان تصدق (على ابويه اوولده) الا ان يكون الولد صغيرا لان الولد يعد غنيا بغناء ابيه (اوزوجته لو) كانوا (فقراء) لانهم محل الصدقة الا اذا عرف انها لذمي فانها توضع في بيت المال (وان كانت) اللقطة (حقيرة) بحيث يعلم ان صاحبها لا يطلبها (كالنوى وقشور الرمان) والبطيخ في مواضع متفرقة (والسنبل بعد الحصاد ينتفع بها بدون تعريف) لان القاءها اباحة للاخذ دلالة (وللمالك اخذها) لان التمليك من المجهول لا يصح وفي البزازية او وجدها مالكها في يده له اخذها الا اذا قال عند الرمي من اخذها فهي له لقوم معلومين وكذا الحكم في التقاط سنابل بعد جمع غيره بعد دناءة وانما قيدنا بالمواضع المتفرقة لانها بالمجتمعة فهي من قبيل ما يطلبها صاحبها وفي البزازية اصابوا بعيرا مذبوحا في البادية ان لم يكن قريبا من الماء ووقع في ظنه ان مالكه اباحه لا بأس بالاخذ والاكل لو طرح ميتة فجاء آخر واخذ صوفها له الانتفاع به ولو جاء مالكها له ان يأخذ الصوف منه ولو سلخها ودبغ الجلد يأخذه المالك ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه وفي الاختيار رجل غريب مات في دار رجل ليس له وارث معروف وخلف مالا وصاحب المنزل فقير فله الانتفاع به بمنزلة اللقطة وفي الخانية خلافه وفي التنوير مات في البادية جاز لرفيقه بيع متاعه ومركبه وحمل ثمنه الى اهله (ولا يجب دفع اللقطة الى مدعيها الا ببينة) لانها دعوى فلا بد فيها من البينة (ويحل) الدفع (ان بين علامتها من غير جبر) اى من غير ان يجبر عليه في القضاء عندنا خلافا للشافعي ولو دفعها اليه بغير قضاء ثم جاء آخر واقام البينة فله ان يضمن ايهما شاء ولا يرجع القابض على الدافع وان دفعها بقضاء فهو مجبور فيرجع على القابض وفي الهداية ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع وقيل يجبر وصحح في النهاية انه لا يأخذ كفيلا مع اقامة الحاضر البينة وفي التنوير وعليه ديون ومظالم جهل اربابها وآيس من معرفتهم فعليه التصدق بقدرها من ماله وان استغرقت جميع ماله يسقط عنه المطالبة في العقبى

﴿كتاب الآبق﴾

وهو اسم فاعل من ابق اذا هرب من بابي نصر وضرب وقال بعض الفضلاء الاباق انطلاق الرقيق تمردا ثم قال وانما اطلقه ليشمل ما اذا تمرد عن غير مالكه انتهى لكن في الحقيقة هو تمرد عن المالك اذ ضرره يرجع اليه والاولى ان يقيد بعلى مولاه تدبر (ندب اخذه) اى الآبق (لمن قوى عليه) اى قدر على حفظه وضبطه بالاجماع لما فيه من احياء حق المالك هذا اذا لم يخف ضياعه اما ان خاف ضياعه فيفرض اخذه ويحرم اخذه لنفسه كما في التنوير (وكذا الضال) وهو الذي لم يهتد الى طريق منزله من غير قصد احياء له لاحتمال الضياع (وقيل تركه) اى الضال (افضل) لانه لا يبرح مكانه فيلقاه مولاه وان عرف الواجد بيت مولاه فالاولى ان يوصله اليه (ويرفعان) اى الآبق والضال الى الحاكم لعجزه عن حفظهما هذا اختيار السرخسي وقال الحلواني هو بالخيار ان شاء حفظهما

بنفسه وان شاء رفعهما الى الحاكم (فيحبس) الحاكم (الآبق) تعزيرا له ولئلا يأبق ثانيا (دون الضال) فلهذا يوجر الضال وينفق عليه من غلته ولا يوجر الآبق بل ينفق عليه من بيت المال دينا على مالكه واذا طالت المدة بيعه ويمسك ثمنه فان جاء صاحبه وبرهن دفع الثمن اليه واستوثق بكفيل ان شاء لجواز ان يدعيه آخر وليس له نقض البيع لان بيعه بامر الشرع ولو زعم المدعي انه دبره اوكاتبه لم يصدق في نقض البيع وفي التنوير ويحلفه اي القاضي مدعيه مع البرهان بالله ما اخرجه عن ملكه بوجه وان لم يبرهن واقر العبد انه عبده اوذكر المولى علامته دفع اليه لعدم المنازع بكفيل للاستيثاق وان انكر المولى اباقه خوفا من اخذ الجعل منه حلف بالله ما ابق ويدفع اليه ابق عبد فجاء به رجل وقال لم اجد معه شيئا صدق (ولمن رده) اي الآبق اليه مالكه سواء كان الآبق محجورا اومأذونا (من مدة سفر) او اكثر (اربعون درهما) لاغير ولو بلا شرط استحسانا فلو صالح على خمسين لم يجز الزيادة بخلاف الصلح على الاقل ولوكان الراد رجلين نصف المبلغ بينهما كما انه لو اشترك الآبق بين رجلين كان المبلغ على قدر نصيبهما ولو رد جارية معها ولد صغير يكون تبعا لامه فلا يزاد على الجعل شيء وقال الشافعي لاشيء له الا بالشرط وهو القياس كما في الضال (وان كانت قيمته اقل من اربعين فقيمته) اي فالجعل قيمته (الا درهما عند محمد) لان المقصود احياء مال المالك فلابد ان يسلم له شيء تحقيقا للفائدة (وعند ابي يوسف اربعون درهما) لان التقدير بها ثبت بالنص ولا ينقص عنها ولم يذكر قول الامام وفي البحر مع محمد فكان المذهب ولهذا قدمه المصنف لكن الذي عليه سائر اصحاب المتون مذهب ابي يوسف كما في المنح تتبع (وان رده) اي الآبق (من دونها) اي مدة السفر (فبحسابه) يعني بتوزيع الاربعين على الايام الثلاثة كل يوم ثلاثة عشر درهما وثلث درهم فيقضي بذلك ان رده من مسيرة يوم وقيل يكون بتصالحهما واختاره بعض المشايخ وقيل يكون برأي الحاكم وهو الصحيح وعليه الفتوى كما في البحر واطلاقه مشير الى انه لافرق بين ان يأخذ في المصر او خارجه وهو المذكور في الاصل وهو الصحيح وعن الامام لو اخذ في المصر ليس له شيء (وان ابق) الآبق (منه) اي من الآخذ اومات في يده (لا يضمن ان اشهد) وقت الاخذ (انه اخذه ليرده) لانه امانة وهذا اذا لم يستعمله لحاجة نفسه والا فقد ضمن كما في القهستاني (والا) اي وان لم يشهد عند الاخذ مع التمكن على ذلك (فلا شيء له) من الجعل ان رد عند الطرفين لان الاشهاد شرط عندهما خلافا لابي يوسف (ويضمن ان ابق منه) على تقدير ان لا يشهد عند الاخذ عندهما لانه غاصب وعند ابي يوسف لا يضمن ايضا وهو قول الائمة الثلاثة قال صاحب الفرائد قوله ان ابق منه مستغنى عنه هنا لان صدر الكلام يغني عنه انتهى هذا ليس بشيء لان التصريح في محل الخلاف لازم فالعجب انه صرح الخلاف في كتابه تتبع (وجعل الرهن) اي لو ابق العبد المرهون فالجعل (على المرتهن) لانه احيى دينه بالرد لرجوعه به بعد سقوطه فحصل سلامة ماليته له ولولا ذلك لهلك دينه والرد في حيوة الراهن وبعده سواء هذه اذا كانت قيمته مساوية للدين اواقل ولو كانت قيمته اكثر من الدين فعليه بقدر دينه والباقي على الراهن (وجعل) العبد (الجاني) الآبق (على المولى ان) اختار المولى (فداه) لعود المنفعة اليه (وعلى ولي الجناية ان دفعه) اي ان اختار الدفع الى الاولياء لعودها اليهم هذا اذا جنى الآبق خطأ لانه لو كان قتل عمدا ثم رده فلا جعل له على احد وكذا لو جنى الآبق في يد الآخذ ولو جنى بعد اباقه قبل اخذه فان قتل فلاشيء له وان دفع الى المولى فعليه الجعل كما في البحر (وجعل) العبد (المديون) الآبق (من ثمنه) ان ابى المولى عن قضاء الدين (ويقدم) الجعل (على الدين ان بيع فيه) اي الدين لانه مؤنة الملك فيجب على من يستقر له الملك (وعلى المولى ان اداه عنه) اي الجعل على المولى ان اختار قضاء ما عليه من الدين (وجعل) العبد (الموهوب) الآبق

(على الموهوب له وان) وصلية (رجع الواهب في هبته بعد الرد) لان الملك له وقت الرد المنتفع به انما هو الموهوب له واو وهبه للآخذ فان كان قبل قبض المولى فلا جعل والا فعلى المولى بخلاف ما اذا باعه منه فان الجعل له مطلقا وفي التنوير ويجب جعل مغصوب على غاصبه وجعل عبد رقبته لرجل وخدمته لآخر على صاحب الخدمة في الحال فاذا مضت المدة رجع به على صاحب الرقبة ويباع العبد به (وامر نفقته كاللقطة) اى حكم نفقة الآبق كحكم نفقة اللقطة في جميع الاحكام غير انه لا يوجره بخلاف اللقطة كما مر (والمدبر وام الولد كالقن) لانهما مملوكان للمولى ويستكسبهما كالقن بخلاف المكاتب لانه ليس بمملوك يدا هذا اذا ردهما في حيوة المولى وان ردهما بعد موته فلا جعل له لان ام الولد يعتق بموته وكذا المدبر ان خرج من الثلث وان لم يخرج فكذلك عندهما اذ العتق لا يتجزى عندهما وعنده يصير كالمكاتب فلا جعل كما في اكثر الكتب لكن عدم تجزى العتق متفق وانما الاختلاف بينهم في تجزى الاعتاق وعدمه الا ان يقال ان هذا يكون دليلا للجميع وهو لا ينافي ذكر دليل مستقبل بعده للامام تدبر (وان كان الراد اب المولى او ابنه وهو) راجع الى الاب او الابن على سبيل البدل (في عياله) اى المولى (او) كان (وصيه) اى وصي المولى (او) كان (احد الزوجين) او كان سلطانا او حافظ طريق او امير قافلة او من في عياله ولو كان اجنبيا وغيرهم كما في القهستاني (فلا شئ له) لان العادة جرت بالرد من هؤلاء تبرعا (والمالك الصبي كالبالغ) فيجب الجعل في ماله لانه مؤنة الملك

﴿كتاب المفقود﴾

من فقده يفقده فقدا او فقدانا او فقودا عدمه كما في القاموس ويقال فقدته اذا اضللته او طلبته وكلاهما متحقق فانه قد اضله اهله وهم في طلبه وفي الشرع (هو) اى المفقود (غائب) اى بعيد عن اهله ولم يذكر الغائبة لانه من الاحكام المشتركة (لا يدرى) اى لا يعلم (مكانه ولا حيوته ولا موته) وفي البحر والمدار انما هو على الجهل بحيوته وموته لا على الجهل بمكانه فانهم جعلوا منه كما في المحيط المسلم الذي اسره العدو ولا يدرى احي ام ميت مع ان مكانه معلوم انتهى فعلى هذا قوله مكانه مستدرك تدبر (فينصب له القاضي من يحفظ ماله ويستوفي حقه) اى يقبض غلاته والدين الذي اقر به غرماؤه لانه من باب الحفظ فلا يخاصم في الدين المجحود الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لان وكيل القاضي بالقبض ليس وكيلا بالخصومة بالاجماع لكن او قضى به نفذ وتمامه في البحر (مما) اى من شئ (لا وكيل له فيه) واما فيما له وكيل فيه فيستوفيه الوكيل لانه لا ينعزل بفقد موكله (ويبيع) منصوب القاضي (ما يخاف عليه) الهلاك (من ماله) كالعروض والثمار لانه لما تعذر حفظه له بصورته كان النظر له في حفظه بمعناه وهو ثمنه فيدبما يخاف عليه لان ما لا يخاف عليه من ذلك لا يبيعه لا في نفقة ولا في غيرها اذ لا نظر في ذلك لان القاضي نصب لمصالح المسلمين نظرا لمن عجز من التصرف بنفسه والمفقود عاجز بنفسه فكان النظر له في حفظه بصورته وقيل او نقص عبده او ارضه بمضى الايام جاز بيعه وعن الوبرى الاولى ان لا يبيع وعنه ان باع نفذ وعنه باع لدينه كما اذا علم كونه حيا غائبا منذ سنين بلا رجوع كما في القهستاني (وينفق) منه (على زوجته) اى الغائب (وقريبه ولادا) اى من حيث الولاد وهو فروعه وان سفلوا واصوله وان علوا لان نفقة هؤلاء واجبة بلا قضاء القاضي ويكون القضاء اعانة لهم ولا يكون قضاء على الغائب فلا ينفق على من لا يستحق النفقة الا بالقضاء كالاخ والاخت وغيرهم من ذوي الرحم المحرم غير الولاد ثم اشار الى حكمه فقال (وهو) اى المفقود (حي في حق نفسه) بالاستصحاب حتى (لا تنكح امرأته) وقال مالك والشافعي في قول اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينهما ان طلبت ثم تعتد عدة الوفاة فلها التزوج بزوج آخر فان عاد الزوج لا سبيل له عليها وهكذا روى قضاء عمر رضي الله تعالى عنه في الذي استهوته الجن ولنا قوله صلى الله تعالى عليه وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله تعالى عنه هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين

موته اوطلاقه وقد صح رجوع عمر الى قول على رضى الله تعالى عنهما (ولا يقسم ماله بين ورثته (ولا تفسخ اجارته) لان الاستصحاب يصلح لابقاء ما كان على ما كان (ميت فى حق غيره) اذ الاستصحاب دليل ضعيف غير مثبت (فلا يرث) المفقود (ممن مات) اى من اقاربه (حال فقده ان حكم بموته) يريد انه لا يرث ممن مات حال فقده لكن لا مطلقا بل ان حكم بموته فيما بعد وهو احتراز عما اذا مات حال مورثه حال فقده ثم ظهر بعده فانه يرثه كما سيأتى وقولنا فيما بعد يفهم من تفريعه عليه بقوله فيوقف نصيبه كلا او بعضا الى ان يحكم بموته فلا يلزم المحذور كما قيل تأمل (فيوقف نصيبه) اى نصيب المفقود (منه) من مال من مات قبل الحكم بموته فى يد عدل لامكان حياته (كلا) لو انفرد ارثا (او بعضا) لو معه وارث آخر فلو مات رجل وترك ابنا مفقودا فقط وقف جميع التركة وان كان معه بنتين اعطى نصف التركة لهما ووقف النصف الآخر (الى ان يحكم بموته فان جاء) اى المفقود ولو قال فان ظهر حيا لكان اولى لانه لو لم يجئ ولكن ثبت حياته بالبينة اوغيرها فالحكم كذلك تدبر (قبل الحكم به) اى بموته (فهو) اى الموقوف (له) اى للمفقود (والا) اى ان لم يجئ قبل الحكم بالموت حتى حكم به (فلمن) اى فالموقوف لمن (يرث ذلك المال لولاه) اى لولا المفقود وفى التبيين فان تبين حياته فى وقت مات فيه قريبه كان له والا يرد الموقوف لاجله الى وارث مورثه الذى وقف من ماله (واذا مضى من عمره) اى المفقود (ما) اى مدة (لا يعيش اليه اقرانه) وهو ظاهر المذهب لكن اختلفوا فى المراد بموت اقرانه فقيل من جميع البلاد وقيل من بلده وهو الاصح هذا ارفق وقال شيخ الاسلام انه احوط واقيس وقيل يفوض الى رأى الامام لانه يختلف باختلاف الاشخاص فان الملك العظيم اذا انقطع خبره يغلب على الظن فى ادنى مدة انه مات لاسيما اذا دخل مهلكة وفى التبيين هو المختار (وقيل تسعون سنة) من وقت ولادته وبه جزم صاحب الكنز وغيره لان الحيوة بعده نادرة فى زماننا ولا عبرة للنادر وعليه الفتوى كما فى الكافى والذخيرة (وقيل مائة وعشرون سنة) وعن الامام ثلثون سنة وعن بعضهم ستون سنة وقيل سبعون سنة وقيل ثمانون سنة وفى القهستانى وعليه الفتوى فى زماننا وعنهما مائة سنة (حكم) بموته جواب اذا (فى حق ماله حينئذ) اى حين مضى من عمره ما لا يعيش اليه اقرانه ونحوه (فلا يرثه من مات قبل ذلك) اى قبل الحكم بموته ويقسم ماله بين ورثته الموجودين فى وقت الحكم كانه مات فى ذلك الوقت معاينة اذ الحكمى معتبر بالحقيقى (وتعتد زوجته للموت عند ذلك) اى عند الحكم لا قبله وفى الدرر وليس للقاضى تزويج امة الغائب والمجنون وعبدهما وله ان يكاتبهما او يبيعهما

﴿كتاب الشركة﴾

اوردها عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال احدهما امانة فى يد الآخر كما ان مال المفقود امانة فى يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق فى مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حى والشركة باسكان الراء لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز احدهما ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط فاذا قيل شركة العقد بالاضافة فهى اضافة بيانية وشريعة هى عبارة عن عقد بين المتشاركين فى الاصل والربح وشرعيتها بالسنة فان النبى عليه الصلاة والسلام بعث والناس يباشرونها فقررهم عليها واجماع الامة والمعقول فهى اى الشركة طريق ابتغاء الفضل وهو مشروع بالكتاب وركنها فى شركة العين اختلاطهما وفى العقد اللفظ المفيد له كما سيأتى (هى) اى الشركة (ضربان شركة ملك وشركة عقد فالاولى) اى شركة الملك (ان يملك اثنان) او اكثر (عينا ارثا اوشراء او اتهابا او استيلاء) اى اخذا بالقهر من مال الحربى (او اختلط مالهما) بغير صنعهما معطوف على قوله يملك (بحيث لا يتميز) احد المالين عن الآخر او بعسر تميزه (او خلطاه) بصنعهما خلطا يمتنع التميز كالبر مع البر او يعسر كالبر مع الشعير والحاصل انها نوعان جبرية واختيارية فاشار الى الجبرية بالارث فان من الجبرية الشركة فى الحفظ كما اذا ذهب الريح بثوب

﴿فى﴾

في دار بينهما فانهما شريكان في الحفظ كما في القهستاني والى الاختيار به بالشراء ومن الاختيارية
ان يوصى لهما بمال فيقبلان فاقتصر على العين حيث قال عينا فاخرج الدين فقيل ان الشركة
فيه مجاز لانه وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا وقد جازت هبته ممن عليه الدين وصحح
في الفتح فعلى هذا لو قال ان يملك متعددا لكان اشمل من الدين والشركة في الحفظ سواء كان
المالك اثنين او اكثر تدبر (وكل منهما) اي كل واحد من الشريكين او الشركاء شركة ملك
(اجنبي في نصيب الاخر) حتى لا يجوز له التصرف فيه الا باذن الاخر كغير الشريك لعدم تضمنها
الوكالة (ويجوز بيع نصيبه من شريكه في جميع الصور) المذكورة لولايته على ماله (و) بيعه
(من غيره) اي غير الشريك (بغير اذنه فيما عدا الخلط) اي الا في صورة الخلط (والاختلاط
فلا يجوز) بيعه من غير شريكه في هاتين الصورتين (بلا اذنه) والفرق ان الشركة اذا كانت
بينهما من الابتداء بان اشتريا حنطة او ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما
نصيبه شايعا جائز من الشريك والاجنبي بخلاف ما اذا كانت بالخلط او الاختلاط لان كل حبة
مملوكة لاحدهما بجميع اجزائها ليس للاخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر
على تسليمه الا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة
على التسليم (والثانية) اي شركة العقد (ان يقول احدهما شاركتك في كذا) او في عامة التجارات
(ويقبل الاخر) لانه عقد من العقود فلابد من الاشارة بركنه وعن هذا قال (وركنها) اي
ماهيتها فان الركن يطلق على جميع الاجزاء كما في القهستاني (الايجاب والقبول وشرطها) اي
شركة العقد (عدم ما يقطعها) اي الشركة (كشرط دراهم معينة من الربح لاحدهما) فانه
يقطع الشركة في الربح لاحتمال ان لا ربح غيره وفي الكافي وشرطها ان يكون التصرف الذي
عقد الشركة عليه قابلا للوكالة ليكون المستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمها وهو
الشركة في المال (وهي) اي شركة العقد (اربعة انواع) وجه انحصار الشريكين اما ان
يذكرا المال في العقد اولا فان ذكرا فاما ان يستلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في رأسه وربحه
اولا فان لزم فهي المفاوضة والا فالعنان وان لم يذكراه فاما ان يشترطا العمل فيما بينهما في مال
الغير اولا فالاول الصنايع والثاني الوجوه كما في اكثر المعتبرات لكن قال في الغاية وفيه نظر لانه
يوهم ان شركة الصنايع والوجوه مغايرتان للمفاوضة والاولى ان يقول على ثلثة اوجه شركة
بالاموال وشركة بالاعمال وشركة في الوجوه وكل واحد منها على وجهين مفاوضة وعنان
فالكل ستة تتبع (شركة مفاوضة وهي) لغة المساواة والمشاركة مفاعلة من التفويض كان كل واحد
منهما رد ما عنده الى صاحبه وفيه اشعار بان المزيد قد يشتق من المزيد اذا كان اشهر
وهو خلاف المشهور كما في القهستاني وانما سمي هذا العقد بها لاشتراط المساواة فيه من جميع الوجوه
قال قائلهم ✽ لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ✽ ولا سراة اذا جهالهم سادوا ✽ اي متساوين فلابد
من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء في مدة البقاء وذلك بالمال وشرعية (ان يشترك متساويان)
او اكثر (تصرفا) بان يقدر كل واحد منهما على جميع ما يقدر عليه الاخر والا فات معنى المساواة
وفي الاصلاح والتصرف يعني الكفالة من جهة والوكالة لا مطلق التصرف اذ لا بأس في ان يكون
بيع احدهما او شراؤه اكثر من الاخر (ودينا ومالا) اي من جهة الدين والمال (وربحا) لتحقق
المساواة من جميع الوجوه فكلما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا ان امكن تصحيحا
لتصرفهما بقدر الامكان (وتضمن) المفاوضة (الوكالة) فيصير كل واحد وكيلا عن صاحبه
فيما يوق عقد كل تصرف الى الاخر كما تصرف الى نفسه (والكفالة) فيصير كل كفيلا عن الاخر
فيما لحقه من نحو زمان التجارة والغصب والاستهلاك كما سيأتي وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا

وفى القياس لاتجوز وهو قول الشافعى وقال مالك لااعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس تعاملوها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة محتملة تبعا كما فى المضاربة ثم فرعه فقال (فلا تجوز) هذه الشركة (بين مسلم وذمى) عند الطرفين فتجوز بين المسلمين والذميين والكتابى والمجوسى لان الكفر ملة واحدة (خلافا لابى يوسف) لتساويهما فى اهلية الوكالة والكفالة وزيادة احدهما فى التصرف لا يمنعهما كما ان المفاوضة جائزة بين الحنفى والشافعى مع انه يتصرف فى بيع متروك التسمية وشرائه كذا دون الحنفى الا انه يكره لان الذمى لا يهتدى الى الجائز من العقود كما فى اكثر المعتبرات لكن هذا الدليل جار فى شركة العنان ايضا فيلزم ان يكره عنده وليس كذلك تدبر ولهما انه لا تساوى فى التصرف فان الذمى لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح والشريك الشافعى يمكن الزامه بالدليل الشرعى فى متروك التسمية لان ذلك مجتهد فيه ولا كذلك الذمى اذ ليس لنا ولاية الالزام عليه كما فى اكثر المعتبرات لكن فى اطلاق التعليل كلام تأمل (ولا تجوز (بين حر وعبد) لعدم التساوى فى التصرف (و) لا بين (بالغ وصبى ولا بين صبيين او عبدين) والاولى بالواو فى هذا وما بعده (او مكاتبين) لعدم صحة الكفالة من هؤلاء (ولا بد) فى هذه الشركة (من لفظ المفاوضة) لان هذا اللفظ يغنى عن تعداد شرائطها (او بيان جميع مقتضياتها) يعنى لو لم يذكر لفظ المفاوضة وبينا جميع مقتضاها صح اعتبارا للمعنى (ولا يشترط) فى صحة الشركة (تسليم المال) لان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى العقود (ولا) يشترط (خلطه) لان المقصود الخلط فى المشترى وكل واحد منهما يشترى بما فى يده بخلاف المضاربة لانه لابد من التسليم ليتمكن من الشراء ويشترط حضور المال عند العقد او عند المشترى لان الشركة تتم بالشراء لان الربح به يحصل كما فى الاختيار (وما اشتراه كل) واحد (منهما سوى طعام اهله وكسوتهم فلهما) عملا بعقد المفاوضة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما واراد بالمستثنى ما كان من حوائجه كالسكنى والركوب لحاجته وكذا الادام والجارية التى يطاؤها باذن شريكه فليس الكل على الشركة لكن للبائع ان يطالب بثمن الطعام وغيره ايهما شاء المشترى بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الآخر بما ادى على المشترى بقدر حصته كما فى البحر (وكل دين لزم احدهما بما تصح فيه الشركة) من العقد (كبيع) سواء كان جائزا او فاسدا (وشراء واستيجار لزم الاخر) تحقيقا للمساواة ولتضمن الكفالة قيد بما تصح فيه الشركة لان ما لا تصح فيه كالنكاح والخلع والنفقة والجناية والصلح عن دم عمد فانه لا يضمن ما لزم الاخر لانها ليست من التجارة (وان لزم) احدهما دين (بكفالة بامر لزم الآخر) او كفل احد المفاوضين اجنبيا بمال باذن المكفول عنه لزم صاحبه عند الامام (خلافا لهما) لان الكفالة تبرع حتى لا تصح ممن ليس باهله وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بالتجارة دون التبرع ولهذا لا تصح الهبة والصدقة والاقراض من احدهما فى حق شريكه فصارت كالكفالة بالنفس وله انها تبرع ابتداء ولكنها تنقلب مفاوضة بقاء لانه يرجع بما يؤدى على المكفول عنه اذا كفل بامره وكلامنا فى البقاء بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وبقاء (وكذا) لزم الاخر (ان لزم) احدهما دين (بغصب) يعنى لو غصب احد المفاوضين شيئا وهلك فى يده يلزم الاخر عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) اى لا يلزم الاخر لانه ليس من ضمان التجارة ولهما ان المضمون يكون مملوكا عند الضمان مستندا الى وقت القبض فيلتحق بضمان التجارة (وفى الكفالة بلا امر) المكفول عنه (لا يلزمه فى الصحيح) لانعدام معنى المفاوضة ابتداء وانتهاء وفى المنح اذا ادعى على احد المتفاوضين فاستحلف فاراد المدعى استحلاف الاخر فان القاضى يستحلفه على فعل

نفسه فايهما نكل بمضى الامر عليهما لان اقرار احدهما كاقرارهما ولو ادعى على احدهما وهو غائب كان له ان يستحلف الحاضر على علمه لانه فعل غيره فان حلف ثم قدم الغائب كان له ان يستحلفه البتة فلو حلف ثم اراد ان يستحلف شريكه لم يكن له ذلك وفى المجمع واقرار احد المتفاوضين الاب بدين غير لازم لشريكه عند الامام خلافا لهما ولو ادعى مفاوضة على آخر فانكر الاخر فبرهن المدعى ثم ادعى ذو اليد ملكية عين ببينة يردها اى ابو يوسف البينة وقبلها اى محمد بينة ذى اليد ودليل الطرفين يذكر فى شرحه هذا اذا لم يذكر ملك العين فى دعوى المفاوضة وان ذكرها لا تقبل بينة ذى اليد اتفاقا ولو استحق رجل عقارا ببينة فبرهن ذو اليد على تجديد بناء فيه اطرد الخلاف اى قال ابو يوسف لا تقبل بينته وقال محمد تقبل (وان ورث احدهما) اى احد المتفاوضين (ما تصح به) والاولى فيه (الشركة) من النقدين وغيرهما (او وهب له) اى لاحد المتفاوضين تصدقا او غيره (وقبضه) الموهوب له (صارت) المفاوضة (عنانا) لان المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة ابتداء وبقاء شرط فى المفاوضة وقد فاتت بثبات عدم مشاركة الاخر له فى الارث او الهبة لانه انما يشاركه فيما يحصل بسبب التجارة او ما يشبهها وليست المساواة شرطا فى العنان فانقلبت عنانا (وكذا) تنقلب عنانا (ان فقد فيها) اى المفاوضة (شرط لا يشترط فى العنان) لما قلنا من زوال المساواة (وان ورث احدهما) (عرضا او عقارا بقيت مفاوضة) لانهما مما لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة ولو قال ما لا تصح فيه الشركة مكان عرضا او عقارا لكان اولى لانه لو ورث احدهما دينا من دراهم او دنانير لا تبطل حتى يقبض لان الدين لا تصح الشركة فيه فاذا قبض بطلت المفاوضة كما فى المنح وكذا الوجه فى الارث لكان اولى لان حكم الهبة والوصية وغيرهما كذلك تدبر (ولا تصح مفاوضة ولا عنان الا بالدراهم والدنانير) باتفاق اصحابنا جميعا (او بالفلوس النافقة) اى الرائجة (عند محمد) لانها تروج كالاثمان فاخذت حكمها خلافا لهما لان الرواج فى الفلوس عارض ثبت باصطلاح الناس وذا يتبدل ساعة فساعة فيصير عرضا فلا يصلح ان يكون رأس المال وذكر الكرخى قول ابى يوسف مع محمد لكن الاقيس مع الامام وفى القهستانى والفتوى على قول محمد وقال الاسبيجابى فى المبسوط الصحيح انها على الفلوس تجوز على قول الكل لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس كما فى الكافى (او بالتبر) اى جوهر الذهب والفضة قبل ان يضربا وقد يطلق على غيرهما من المعدنيات كالنحاس والحديد واكثر اختصاصه بالذهب ومنهم من جعله فى الذهب حقيقة وفى غيره مجازا (او النقرة) اى القطعة المذابة من الذهب والفضة كما فى المغرب والمراد غير المضروبة فهى مستدركة بالتبر كما فى القهستانى (ان تعامل الناس بهما) قيد به لانه جعل فى شركة الاصل وفى الجامع الصغير ان التبر بمنزلة العروض فلم يصلح رأس مال الشركة والمضاربة وجعل فى صرف الاصل كالاثمان حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فتجوز الشركة به لانهما خلقا ثمنين وجه الاول وهو ظاهر المذهب ان الثمنية تختص بالضرب المخصوص لانه عند ذلك لا يصرف الى شئ آخر ظاهرا الا ان يجرى التعامل باستعمالهما ثمنا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال (ولا تصحان) اى المفاوضة والعنان (بالعروض) اى بكون مالهما عروضا لان الشركة تؤدى الى ربح ما لم يضمن لانه لا بد من بيعها فاذا باع احدهما عروضه بالف وباع الاخر عروضه بالف وخمسمائة ومقتضى العقد الشركة فى الكل فما يأخذه صاحب الالف زيادة على الف ربح ما لم يضمن وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن ربح ما لم يضمن (الا ان يبيع) احدهما (نصف عرضه) اى نصف ماله من العروض (بنصف عرض) الشريك (الاخر) منه ليصير العرض مشتركا بينهما شركة ملك حتى لا يجوز لكل واحد منهما حينئذ ان يتصرف فى نصيب الاخر (ثم يعقد الشركة) بعد ذلك ان شاآ مفاوضة وان شاآ عنانا فيصير العرض

رأس المال شركة المفاوضة والعنان ويجوز لكل واحد منهما حينئذ ان يتصرف فى نصيب الآخر
وهذه حيلة لمن اراد الشركة مفاوضة اوعنانا بالعروض هذا اذا تساويا قيمة فلو تفاوتا بان يكون
قيمة متاع احدهما اربع مائة وقيمة الآخر مائة باع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس
عرض الآخر فيصير المال بينهما اخماسا كما فى النهاية لكن فى التبيين كلام فليطالع (ولا) تصح
(بالمكيل والموزون والعددى المتقارب) احترازعن المتفاوت فانه لا يجوز مطلقا (قبل الخلط) اتفاقا لانه
يتعين بالتعيين فينزل منزلة العروض (وان خلطا) اى الشريكان (جنسا واحدا ثم اشتركا) فيه (فشركة
عقد عند محمد) لان المكيل والموزون والمعدود ثمن من وجه لانه يصح الشراء به دينا فى الذمة
وعرض من وجه لانه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين اى الخلط وعدمه
بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال (و) شركة (ملك عند ابى يوسف) وهو ظاهر الرواية
لتعينه بعد الخلط ايضا وما يتعين بالتعيين لا يصلح ان يكون رأس مال الشركة وثمرة الخلاف
تظهر فيما اذا تساويا فى المالين واشترطا التفاضل فى الربح فعند ابى يوسف لا يجوز لان الربح
يكون بقدر الملك وعند محمد يجوز (وان خلطا جنسين) كخلط الحنطة بالشعير مثلا (لا تنعقد)
الشركة (اتفاقا) وان كانت شركة الملك ثابتة والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات
الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتمكن الجهالة كما فى العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط
هنا كحكم الخلط فى الوديعة كما سيأتى ان شاء الله تعالى (وشركة عنان) معطوف على شركة مفاوضة
بالكسر اما اسم من العين مصدر عن يعن بالضم والكسر اى عرض قال ابن السكيت كانه عن
لهما شئ فاشتركا فيه اومن العن بمعنى الحبس فكانه حبس بعض ماله عن الشركة اوحبس
شريكه عن بعض التجارات اومن عنان الدابة لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف
بالاخرى كيف يشاء فكذا شريك العنان يشارك ببعض ماله ويتصرف فى البقية كيف شاء
واما مصدر عانه اى عارضه فكان كل واحد يعارض الآخر (وهى) اى شركة العنان
(ان يشتركا متساويين فيما ذكر) اى فى المفاوضة (اوغير متساويين) وفيه كلام لانه اذا اشتركا
متساويين فى جميع ما ذكر فى المفاوضة تكون شركة المفاوضة لا العنان الا ان يقال ان يشتركا متساويين
فى جميع ما ذكر مع عدم الاشتراط اوان يشتركا متساويين من وجه لكنه بعيد تدبر (وتتضمن) اى
شركة العنان (الوكالة) لان المقصود من الشركة وهو التصرف فى مال الغير لا يكون الا بها عند
عدم الولاية دون (الكفالة) لانها انما تثبت فى المفاوضة لضرورة المساواة والعنان لا يقتضيها (وتصح)
اى شركة العنان (فى نوع من التجارات) كالبر ونحوه (وفى عمومها) اى فى عموم التجارات (وببعض
مال كل منهما وبكله) اى وبكل مال كل منهما لعدم اشتراط التساوى (و) تصح (مع التفاضل فى رأس
المال) بان يكون لاحدهما الف وللآخر الفان مثلا (والربح) بان يكون ثلثا الربح لاحدهما وثلثه للآخر
(و) تصح (مع التساوى فيهما) اى فى رأس المال والربح (اوفى احدهما دون الآخر) اى التساوى فى
رأس المال والتفاضل فى الربح وعكسه (عند عملهما و) تصح (مع زيادة الربح للعامل عند عمل احدهما)
وقال زفر ومالك والشافعى لا تصح المساواة فى المال والتفاضل فى الربح وعكسه لان الربح فرع المال
فيكون بقدر الشركة فى الاصل ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا والوضيعة
على قدر المالين مطلقا بلا فصل وفى البحر ثم المسئلة على ثلثة اوجه الاول ان يشترطا العمل
عليهما والربح بينهما نصفين والوضيعة على قدر رأس المال فان عمل احدهما دون الآخر فالربح
بينهما على ما شرطا وان شرطا العمل على اكثرهما ربحا جاز وان شرطاه على اقلهما ربحا خاصة
لا يجوز والربح بينهما على قدر رأس مالهما وفى التبيين وان شرطاه للقاعد اولاقلهما عملا
فلا يجوز (و) تصح (مع كون مال احدهما دراهم) صحاحا اومكسورة بيضاء اوسوداء اى ردية

الفضة (و) مال (الاخر دنانير) سواء كانا متساويين في القيمة اولا وفيه اشعار بان المفاوضة لا تصح مع اختلاف رأس المال وهذا رواية عن الشيخين وفي ظاهر الرواية انه يصح اذا تساويا في القيمة كما في القهستاني (ولا يشترط الخلط فيها) اي في هذه الشركة (ايضا) اي كالمفاوضة خلافا لزفر والشافعي ولفظ ايضا قيد لهما لا للخلط فقط (والوضيعة) الخطيطة اي بان هلك جزء من المال (على قدر المال وان) وصلية (شرطا غير ذلك) لما روينا آنفا (وما شراه كل) واحد (منهما طولب بثمنه) اي ثمن المشرى (هو) اي المشترى (فقط) ولا يطالب بمشرى الاخر لان هذه الشركة تتضمن الوكالة دون الكفالة والمباشر هو الاصل في الحقوق فتتوجه المطالبة اليه دون صاحبه (ورجع) الاخر (على شريكه بحصته منه) اي من الثمن (ان اداه من ماله) لانه وكيل في حصته وان اختلفا بان ادعى انه اشترى عبد الشركة وهلك وعليه البينة لانه يدعي عليه حق الرجوع وهو ينكر فالقول قوله وفيه اشعار بانه ان اداه من مال الشركة لم يرجع (وتبطل الشركة بهلاك المالين او احدهما قبل الشراء) لانها عقدت لاستنماء المال فلا يتصور بعد هلاكه (وهو) اي الهلاك (على مالكه) اي مالك المال (قبل الخلط) حيث (هلك في يده او في يد الاخر) لان رأس مال كل منهما قبل الخلط على ملكه بعد العقد فلا ضمان ان هلك في يده وان في يد صاحبه فهو امين لا يضمن (وعليهما) اي على الشريكين ان هلك (بعده) اي بعد الخلط لانه لا يتميز هذا تصريح بما علم ضمن قوله وهو على مالكه قبل الخلط ولو اكتفى بالاول لكفى (فان هلك) مال احدهما قبل ان يشتري شيئا (بعد ما شرى الاخر بماله) شيئا (فالمشرى بينهما) لان عقد الشركة كان قائما وقت الشراء فلا يتغير حكمه بهلاك مال الاخر (ورجع المشتري على شريكه بثمن حصته) لانه اشترى نصفه بالوكالة وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه (وان هلك) مال احدهما (قبل شراء الاخر فان كان وكله حين الشركة صريحا فالمشرى لهما شركة ملك ورجع بحصته) اي ان لم يشترا احدهما شيئا وهلك ماله ثم اشترى الاخر بماله ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشرى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن (والا) اي وان لم يصرح الوكالة حين الشركة بل ذكر مجرد الشركة (فللمشتري) اي يكون المشرى للذي اشتراه (فقط) لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تتضمنها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها (ولكل من شريكي المفاوضة والعنان ان يبضع) اي يجعل المال بضاعة والمراد هنا دفع المال لاخر ليعمل فيه على ان يكون الربح لرب المال لانه من عادة التجار (ويضارب) اي يدفع المال مضاربة واما لو اخذه مضاربة فان كان ليتصرف فيما ليس من جنس تجارتهما فهو له خاصة وكذا ان اخذ مضاربة بحضرة صاحبه ليتصرف فيما هو من تجارتهما واما اذا اخذ المال مضاربة ليتصرف فيما كان من تجارتهما او مطلقا حال غيبة شريكه يكون الربح مشتركا بينهما وعن الامام ان الشريك لا يضارب لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله كما في الهداية وبهذا علم انه ليس للشريك ان يشارك بخلاف المضاربة (ويستأجر ويوكل) من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره كما في الهداية (ويودع) ويبيع بنقد ونسيئة ويسافر لان كلا منهما من توابع التجارة ومؤنة السفر والكراء من رأس المال وفي القهستاني ان لكل من المفاوضين ما ذكره وان يعير استحسانا ويوجر ويستقرض ويكاتب ويأذن عبد الشركة ويزوج الامة ويخاصم ويرهن ويرتهن ولا كذلك شريك العنان ولا يجوز لشريكي المفاوضة والعنان تزويج العبد ولا الاعتاق ولو على مال والتصدق

والهبة والقرض وكذا كل ما كان اتلافا للمال او كان تمليكا للمال بغير عوض وصح بيع شريك مفاوض ممن ترد شهادته له كابنه وابيه لا اقراره بدين وفي المحيط لو اشترى احد شريكي العنان ما هو من جنس تجارتهما واشهد عند الشراء انه يشتريه لنفسه فهو مشترك بينهما ولو اشترى شيئا ليس من جنس تجارتهما فهو له خاصة ولو قال احدهما فيما باعه الآخر جازت الاقالة (ويده) اي يد احد الشريكين كما في اكثر الكتب (في المال) اي في مال الشركة (يد امانة) لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة فيقبل قوله في الدفع لشريكه لانه امين ولو بعد موت شريكه ويضمن بالتعدي كما يضمن الشريك بموته مجهلا نصيب صاحبه وهذا هو المذهب والقول بعدم الضمان اذا مات مجهلا غلط كما في البحر (وشركة الصنايع) معطوف على قوله وشركة العنان وهي جمع الصنيعة كالصحايف والصحيفة او جمع صناعة كرسائل ورسالة فان الصناعة كالصنيعة حرفة الصانع وعمله ولذا يقال شركة المحترفة (و) شركة (التقبل) من قبول احدهما العمل والقائه على صاحبه (وهي) اي شركة الصنايع والتقبل (ان يشترك خياطان او صباغ وخياط على ان يتقبلا الاعمال) اي محلها فان العمل عرض لا يقبل القبول (ويكون الكسب بينهما) وقال الشافعي لا تجوز هذه الشركة وهو احدى الروايتين عن زفر لان الشركة في الربح تبتني على الشركة في رأس المال على اصلهما ولا مال لهما فكيف يتصور الثمر بدون الاصل ولنا ان المقصود تحصيل المال بالتوكيل وهذا مما يقبل التوكيل فيجوز وفيه تنبيه على ان اتحاد العمل والمكان ليس بشرط خلافا لمالك وزفر فيهما والعجز كل منهما عن الصنعة التي يتقبلها شريكه ولنا ان صحة هذه الشركة باعتبار الوكالة والتوكيل بتقبل العمل صحيح والعمل ليس بلازم على الموكل فله ان يقيمه باجرة (ولو شرطا) اي الشريكان (العمل نصفين والربح اثلاثا جاز) لان الاجر بدل عملهما وانهما يتفاوتان فيكون احدهما اجود عملا واحسن صناعة فيجوز والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه زيادة ربح ما لم يضمن وجه الاستحسان ان الموجود هنا ليس بربح لان الربح يقتضي المجانسة بينه وبين رأس المال ولا مجانسة لان رأس المال هو العمل والربح مال فكان بدل العمل كما بينا وفيه اشعار بان هذه الشركة عنان ومفاوضة عند استجماع الشرائط والمطلق ينصرف الى العنان فانه المتعارف كما في الكافي (وكل عمل تقبله احدهما يلزمهما) اي الشريكين لانه يقبله لنفسه بالاصالة ولشريكه بالوكالة (فعلى كل واحد منهما الطلب بالعمل ولكل منهما طلب الاجرة ويبرأ الدافع بالدفع) اي بدفع الاجر (الى احدهما) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان لا قياس لان الكفالة مقتضى المفاوضة والشركة هنا مطلقة وجه الاستحسان وهو ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا يرى ان ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل (و) يكون (المكسب) اي الاجر (بينهما وان عمل احدهما فقط) اما الذي عمل فظاهر واما الذي لم يعمل فلانه لما لزمه العمل بالتقبل وكان ضامنا له استحق الاجر بالضمان ولزوم العمل (وشركة الوجوه) اي شركة ابتذال الشركاء اذ لا مال لهم ولا عمل ولذا يقال لها شركة المفاليس وفيه مجاز من وجوه كما في القهستاني او لان بناءها على وجاهتهما بين الناس وشهرتهما بحسن المعاملة اذ لا بد منه في الشراء نسيئة فسميت بها (وهي) اي شركة الوجوه (ان يشتركا ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما) اي ليشتريا بلا نقد الثمن بسبب وجاهتهما وامانتهما عند الناس وصيغة الجمع على طريقة قوله تعالى قد صغت قلوبكما (ويبيعا والربح بينهما) اي ويبيعا ما حصل بالبيع يدفعان منه ما وجب عليهما بالشراء وما فضل يكون بينهما وهذه الشركة لا تجوز عند الشافعي ومالك (فان شرطاها مفاوضة) اي نصا على المفاوضة او ذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة واجتمعت فيها شرائطها (صحت) فيترتب عليها

احكام المفاوضة فتضمن الكفالة والوكالة (ومطلقها) اى مطلق هذه الشركة (عنان) لانه المتعارف الان تخصيص شركة الوجوه بذلك لايخلو عن شئ والاحسن بان هذا الحكم على وجه يتناول شركة الصنايع ايضا اذهو يجرى فيها كما مر تدبر (وتتضمن) هذه الشركة عند الاطلاق (الوكالة) فقط (فيما يشتريانه) اذ لا يتمكن عليه الا بالوكالة (فان شرطا) شركة الوجوه (مناصفة المشرى) بينهما فى المفاوضة والعنان (اومثالثته) اى المشرى فى العنان (فالربح كذلك) مشترك مناصفة اومثالثة (وشرط الفضل) فى الربح فى هذه الشركة على قدر الملك (باطل) اذ الضمان هنا بقدر الملك فى المشرى فالربح الزائد على الملك ربح مالم يضمن

﴿فصل﴾ فى بيان الشركة الفاسدة (ولا يجوز الشركة فيما لايصح الوكالة به كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاستقاء) وكذا فى اخذ كل مباح كاجتناء الثمار من الجبال والبرارى واخذ الصيد والملح والسنبلة والكحل وجواهر المعادن والاحجار والاتربة والجص وغيرها من موضع يباح اخذه لان الشركة تقتضى الوكالة والتوكيل اثبات التصرف لمن ليس له ولاية ذلك التصرف وذا لا يوجد فى المباحات (وما جمعه كل) واحد بلا عمل من الاخر ولا اعانته (فله) لانه اثر عمله (وان اعانه الاخر) بان قلعه وجمعه احدهما وحمله الاخر مثلا (فله) اى المعين (اجر مثله لايزاد) اجر المثل (على نصف ثمن المأخوذ عند ابى يوسف) لانه رضى بنصف المأخوذ وهو المختار عند المصنف بناء على تقديمه (خلافا لمحمد) فان عنده اجر المثل بالغا ما بلغ وهو المختار عند البعض لان المسمى مجهول والرضاء بالمجهول لغو (وما اخذاه معا فلهما نصفين) لاستوائهما فى الاخذ وان اخذاها منفردين وخلطاها وباعاها قسم الثمن بينهما على قدر ملكهما فان لم يعرف قدر ملك كل منهما صدق كل على النصف مع اليمين واقيم البينة على الزيادة كما فى القهستانى (وان كان لاحدهما بغل وللاخر راوية فاستقى احدهما فالكسب) كله (له) اى للذى استقى (وللاخر اجر مثل ماله) اى اجر مثل البغل ان كان المستقى صاحب الراوية واجر مثل الراوية ان كان صاحب البغل وفى البحر دفع دابته الى رجل يواجرها على ان الاجر بينهما فالشركة فاسدة والاجر لصاحب الدابة وللاخر اجر مثله وكذا فى السفينة والبيت (والربح فى الشركة الفاسدة على قدر المال ويبطل شرط الفضل) حتى لو كان المال نصفين وشرط الربح اثلاثا فالشرط باطل ويكون الربح نصفين لان الاصل ان الربح تابع للمال كالريع ولم يعدل عنه الا عند صحة التسمية ولم تصح (وتبطل الشركة بموت احدهما) اى احد الشريكين لتضمنها الوكالة وهى تبطل بالموت واطلاقه شامل لما اذا علم بموت صاحبه اولم يعلم لانه عزل حكمى فلا يشترط له العلم بخلاف ما اذا فسخ احدهما الشركة ومال الشركة دراهم اودنانير حيث يتوقف على علم الاخر لانه عزل قصدى كما فى الهداية (و بلحاقه) بدار الحرب (مرتدا ان حكم به) لانه بمنزلة الموت اذا قضى القاضى بلحاقه فلو عاد مسلما لم تكن بينهما شركة وفى التنوير وتبطل الشركة بانكارها وبجنونه مطبقا (ولا يزكى احدهما مال الاخر) بعد الحول (بلا اذنه) لانه ليس من جنس التجارة فلا ينوب عن صاحبه فى ادائها فلو اداها لم يجز (فان اذن كل) منهما (لصاحبه) بان يؤدى الزكوة عنه (فاديا) بغيبة صاحبه (معا) اى فى زمان واحد او لا يعلم التقديم والتأخير (ضمن كل) من الشريكين وان لم يعلم بادائه (حصة صاحبه) عند الامام وعندهما لا يضمن ان لم يعلم كما فى الكافى (وان اديا متعاقبا ضمن الثانى) سواء (علم باداء الاول اولا) عند الامام (وقالا لا يضمن ان لم يعلم) فان علم باداء صاحبه ضمن وفى الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه اولا وهو الصحيح عندهما كما فى الكافى وعلى هذا الخلاف الوكيل باداء الزكوة والكفارة اذا ادى الامر بنفسه مع اداء المأمور او قبله قوله وقالا لا يضمن مصروف الى المسئلتين معا والا تكون المسئلة الاولى خالية عن الخلاف لكن لا يخلو

عن التعسف لان سوق كلامه يشعر بان الخلاف انما هو في ادائهما متعاقبا فقط مع ان الخلاف واقع فيهما كما قررناه فالاولى ان يذكر الخلاف فيهما تدبر (وان اذن احد المتفاوضين لشريكه ان يشترى امة ليطأها ففعل فهى له خاصة بلا شئ) اى لا يغرم لشريكه شيئا عند الامام (ويؤخذ كل بثمنها) اى للبائع ان يطالب بالثمن ايهما شاء لما عرفت ان المفاوضة تتضمن الكفالة (وقالا يضمن حصة شريكه) وهو قول الائمة الثلثة لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطئ لا يحل الا بالملك ولا وجه لاثباته بالبيع لانه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن وفي التنوير ومن اشترى عبدا فقال له آخر اشركني فيه فقال فعلت ان قبل القبض لم يصح وان بعده صح ولزمه نصف الثمن وان لم يعلم بالثمن خير عند العلم به ولو قال اشركني فيه فقال ثم لقيه آخر وقال مثله واجيب بنعم فان كان القائل عالما بمشاركة الاول فله ربعه وان لم يعلم فله نصفه وخرج العبد من ملك الاول وفي الباقاني معلمان اشتركا لحفظ الصبيان وتعليم القرآن فعلى ما اخترنا في الجواب من الفتوى ان الاستيجار لتعليم القرآن جائز تجوز هذه الشركة وفي المنح ولا شركة القراء بالزمزمة والتعازى لانها غير مستحقة عليهم ولا تجوز شركة الدلالين في عملهم ثلثة نفر ليسوا بشركاء تقبلوا عملا من رجل ثم جاء واحد وعمل ذلك كله فله ثلث الاجرة ولا شئ للاخرين وفي السراجية طاحونة مشتركة بين اثنين انفق احدهما في عمارة لم يكن متطوعا بخلاف ما انفق على عبد مشترك اوادى خراج كرم مشترك حيث يكون متطوعا

كتاب الوقف

مناسبته للشركة باعتبار ان المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على اصل المال (هو) لغة مصدر وقفه اى حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى ويطلق على الموقوف مبالغة فيجمع على الاوقاف ولا يقال اوقفه الا في لغة ردية واجمعت الامة على جواز الوقف لما روى انه عليه الصلوة والسلام تصدق بسبع حوائط في المدينة وكذلك الصحابة رضى الله تعالى عنهم وقفوا والخليل عليه الصلاة والسلام وقف اوقافا هى باقية جارية الى يومنا وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا ببر الاحياء وفي الآخرة بالتقرب الى رب الارباب عزوجل ومحله المال المتقوم القابل للوقف وركنه الالفاظ الخاصة كصدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ونحوه وشرطه شرط سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفا ومن شرائطه الملك وقت الوقف حتى لو غصب ارضا فوقفها ثم ملكها لا يكون وقفا ومنها عدم الجهالة ومنها عدم الحجر على الواقف لسفه او دين ومنها ان لا يلحق به خيار شرط فلو وقف على انه بالخيار لم يصح عند محمد مطلقا وقال ابى يوسف ان كان الوقت معلوما جاز والا فلا ومنها ان يكون للواقف ملة فلا يصح وقف المرتد ان قتل او مات على ردته وان اسلم صح ويبطل وقف المسلم ان ارتد العياذ بالله تعالى ويصير ميراثا سواء قتل على ردته او مات او عاد الى الاسلام الا ان اعاد الوقف بعد عوده الى الاسلام ويصح وقف المرتدة لانها لا تقتل واما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمى على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز الاعطاء لمساكين المسلمين واهل الذمة وان خصص فقراء اهل الذمة اعتبر شرطه كالمعتزلى اذا خص اهل الاعتزال فيفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الا ان خص صنفا منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وشرط صحة وقفه ان يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة فاذا خربت كان للفقراء لم يصح وكان ميراثا لانه ليس بقربة عندنا كالوقف على الحج والعمرة لانه ليس بقربة عندهم بخلاف ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فانه صحيح لانه قربة عندنا وعندهم فلو انكر فشهد عليه ذميان عدلان في ملتهم قضى عليه بالوقف وفي الحاوى وقف المجوس على بيت النار واليهود والنصارى على البيعة والكنيسة باطل اذا كان في عهد الاسلام وما كان

منها فى ايام الجاهلية مختلف فيه والاصح انه اذا دخل فى عهد عقد الزمة لايتعرض كما فى البحر وشريعة عند الامام (حبس العين)ومنع الرقبة المملوكة بالقول عن تصرف الغير حال كونها مقتصرة (على)حكم (ملك الواقف) فالرقبة باقية على ملكه فى حيوته وملك ورثته فى وفاته بحيث يباع و يوهب الاان مايأتى من النذر بالمنفعة يأبى عنه ويشكل بالمسجد فانه حبس على ملك الله تعالى بالاجماع اللهم الاان يقال انه تعريف للوقف المختلف فيه كما فى القهستانى لكن فيه مافيه تدبر وانما قيد بالقول لانه لو كتب صورة الوقفية مع الشرائط بلاتلفظ لايصير وقفا بالاتفاق (و) حبسها على (التصدق بالمنفعة) على الفقراء او على وجه من وجوه الخير ولو قال وصرف منفعتــه الى وجه من وجوه الخير لكان اولى لان الموقوف له لايلزم ان يكون فقيرا والتصدق لايكون الاله تدبر ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لايصح فلايجوز الوقف اصلا عنده والاصح انه جائز اجماعا الاانه غيرلازم عنده (كالعارية) حتى يرجع فيه اى وقت شاء ويورث عنه اذا مات وهو الاصح (فلايلزم ولايزول ملكه) اى ملك المالك المجازى عن العين (الاان يحكم به حاكم) ولاه الامام فانه يزول ملكه حينئذ ويصير لازما فلم يصر بعده ملكا لاحد وهذا اذا ذكر الواقف شرائط اللزوم والالم يزل ملكه الااذا حكم بلزومه وطريق المرافعة ان يريد الواقف الرجوع بعدما سلمه الى المتولى محتجا بعدم اللزوم عند الامام فيختصمان الى القاضى فيقضى باللزوم على قولهما فيلزم لانه قضى فى محل مجتهد فيه وانما يحتاج الى الدعوى عند البعض والصحيح ان الشهادة بالوقف بدون الدعوى مقبولة كما فى المنح وغيره لكن هذا الجواب على الاطلاق غير صحيح وانما الصحيح ان كل وقف هو حق لله تعالى فالشهادة عليه صحيحة بدون الدعوى وكل وقف هو حق العباد فالشهادة لاتصح بدون الدعوى ولاتشترط المرافعة فانه لو كتب كاتب من اقرار الوقف ان قاضيا من قضاة المسلمين قضى بلزومه صار لازما كما فى البحر لكن فى الخانية تفصيل فليراجع وانما قيدنا بولاه الامام لانه لو حكما رجلا فحكم بلزومه فالصحيح ان الوقف لايلزم به وهل القضاء به قضاء على الناس كافة كالحرية اولا وكان يفتى بعض المتأخرين بان القضاء بالوقف قضاء على كافة الناس وفى المنح وينبغى ان يفتى به ويعول عليه لما فيه من صون الوقف عن التعرض اليه بالحيل ولما فيه من النفع للوقف لكن فى البحر ان القضاء بالوقفية ليس قضاء على الكافة على المعتمد فتسمع الدعوى من غير المقضى عليه واما القضاء بالحرية فقضاء على الكافة فلاتسمع الدعوى بعده بالملك لاحد واما القضاء بالملك فليس على الكافة بلاشبهة تتبع حتى يظهر لك الحق (قيل)قائله صاحب الوقاية وغيره (او يعلقه) اى الوقف (بموته) سواء كان فى حالة الصحة اوفى حالة المرض (بان يقول اذا مت فقد وقفت)دارى على كذا ثم مات صح ولزم ان خرج من الثلث لان الوصية بالمعدوم جائزة وان لم يخرج منه جاز بقدر الثلث ان لم تجز الورثة ومافى البزازية انه قال فى مرضه ارضى صدقة موقوفة على ابنى فلان فان مات فعلى ولدى وولد ولدى ونسلى ولم تجز الورثة فهى ارث بين كل الورثة مادام الابن الموقوف عليه حيا فان مات صارت كلها للنسل غير صحيح والصحيح ان الثلثين ملك والثلث وقف الا ان يحمل على الوقف الذى خرج من الثلث تتبع وفى الهداية قال فى الكتاب لايزول ملك الواقف الاان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا فى حكم الحاكم صحيح لانه قضاء فى فصل مجتهد فيه واما فى تعليقه بالموت فالصحيح انه لايزول ملكه الاانه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه وفى البحر ولو قال اذا مت فاجعلوها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لاتعليق الوقف نفسه ونص محمد فى السير الكبير ان الوقف اذا اضيف الى مابعد الموت يكون باعتباره وصية وفى المحيط لو قال ان مت من مرضى هذا فقد وقفت ارضى هذا لايصح الوقف برأ اومات لانه تعليق وفى الخانية و قال ارضى بعد موتى موقوفة سنة جاز وتصير

الارض موقوفة ابدا لانه في معنى الوصية بخلاف ما اذا لم يضف الى ما بعد الموت بان قال ارضي موقوفة
سنة لان ذلك ليس بوصية بل هو محض تعليق او اضافة ولو قال وقفتها في حياتي وبعد وفاتي مؤبدا
فانه جائز عندهم لكن عند الامام ما دام حيا كان هذا نذرا بالتصدق بالغلة فكان عليه الوفاء بالنذر
وله ان يرجع عنه ولو لم يرجع حتى مات جاز من الثلث (وعندهما هو) اي الوقف (حبس العين)
وازالة الملك المالك المجازي مقتصرة (على) حكم (ملك الله) المالك الحقيقي (تعالى) وتقدس
(على وجه يعود نفعه على العباد فيلزم ويزول ملكه) بحيث لا يباع ولا يوهب ولا يورث سواء وجد
احد القيدين المذكورين اولا لانه قصد بالوقف استدامة الخير فوجب ان يخرج عن ملكه ويخلص
لله تعالى كما لو جعل داره مسجدا وله ان غرضه التصدق بمنفعة ماله وذا يقتضي بقاءه على ملكه ولهذا
اعتبر شرط الواقف فيه وبقي تدبيره بعده وفي نصب القيم وتوزيع الغلة بخلاف المسجد فانه خالص
لله تعالى ولهذا لا ينتفع به بشيء من منافع الملك قيل الفتوى على قولهما كما في الكافي وغيره فيجعل
الوقف كذلك (بمجرد القول) اي يلزم ويزول ملكه بمجرد قوله وقفت داري هذه مثلا ولا يحتاج
الى القضاء ولا الى التسليم (عند ابي يوسف) وهو قول الائمة الثلاثة وبه يفتي مشايخ العراق
لانه اسقاط للملك كالاعتاق (وعند محمد لا) يلزم ولا يزول ملكه (ما لم يسلمه) اي الموقوف (الى متول)
لان تمليكه من الله قصدا غير متحقق فانما يثبت في ضمن التسليم الى العبد كالصدقات وبه يفتي
مشايخ بخارا وهو المعمول به في زماننا ولما بين مسالك ائمتنا الثلثة فرع عليها بقوله (ولو وقف)
وقفا (على الفقراء او بنى سقاية او خانا او رباطا لابني السبيل) الظاهر انه قيد للجميع لكن في الاصلاح
الرباط ما بني في الثغور لتنزل فيه الغزاة انتهى فعلى هذا قوله لابني السبيل قيد لا ولين لا لقوله رباطا
فالاولى ان يؤخر قوله رباطا تدبر (او جعل ارضه مقبرة لا يزول ملكه عنه) اي في كل ما ذكر
(الا بالحكم) عند الامام لانه ينقطع عنه حق العبد بالحكم او تعليقه بموته لكن اقتصر على الاول
لان التعليق بالموت كالعدم عنده لضعفه فلهذا اشار بقوله فيه تأمل قال صاحب الفرائد وفيه
بحث لانه يوهم عدم جواز الانتفاع به للواقف وعدم جواز السكون في الخان وعدم جواز النزول
في الرباط بعد الحكم وليس كذلك انتهى هذا ليس بشيء لان بالحكم يخرج من الملك ويكون مباحا
للعامة والواقف من جملتهم فلا ايهام تأمل (وعند ابي يوسف يزول بمجرد القول) كما هو اصله
اذ التسليم عنده ليس بشرط (وعند محمد) يزول (اذا سلمه الى متول) كما هو الاصل عنده وفي الغاية
وعند محمد لا بد من التسليم ولكن في كل باب يعتبر ما يليق به ففي الخان ان يحصل بالسكنى وفي الرباط
بالنزول وفي السقاية بشرب الناس وفي المقبرة بدفنهم ويكتفى اذا وجد هذه الاشياء من واحد
لتعذر اجتماع الناس انتهى وعن هذا قال (واستقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط
ودفنوا في المقبرة) ولو جعل ارضه طريقا فهو على هذا الخلاف ثم لا فرق في الانتفاع في مثل
هذه الاشياء بين الفقير والغني الا في الغلة حتى لا يجوز الصرف الا للفقراء وكذا لو وقف ارضا
لتصرف غلتها الى الحجاج والغزاة او طلبة العلم لا تصرف الى الغني منهم كما في المحيط (وشرط تمامه)
اي لتمام الوقف بعد ما لزم باحد الامور المذكورة عنده (ذكر مصرف مؤبد) مثل ان يقول على
كذا او كذا ثم على فقراء المسلمين (وعند ابي يوسف يصح بدونه) اي بدون ذكر مصرف مؤبد
لان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى وذا يقتضي التأبيد ولمحمد ان الوقف تصدق بالمنفعة وذا يحتمل
ان يكون موقتا ومؤبدا فلا بد من التنصيص (واذا انقطع) المصرف (صرف الى الفقراء)
ولا يعود الى ملكه ان كان حيا والى ورثته ان ميتا فعلم من هذا ان التأبيد شرط البتة
الا ان عند ابي يوسف لا يشترط ذكره وعند محمد يشترط لكن صاحب الهداية نقله بصيغة
التمريض فقال قيل التأبيد شرط بالاجماع الا عند ابي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد وفي البحر

والحاصل ان عند ابي يوسف في التأبيد روايتين في رواية لابد منه وفي رواية ذكره ليس بشرط
ويتفرع على الروايتين ما لو وقف على انسان بعينه او عليه وعلى اولاده او على قرابته
وهم يحصون او على امهات اولاده فمات الموقوف عليه فعلى الاول يعود الى ورثة الواقف
وعليه الفتوى كما في الفتح وغيره وعلى الثاني يصرف الى الفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح عنده
واختلفوا في حد ما لا يحصى روي عن محمد عشرة وعن ابي يوسف مائة وهو المأخوذ عند البعض
وقيل اربعون وقيل ثمانون والفتوى على انه يفوض الى رأي الحاكم (وصح عند ابي يوسف وقف المشاع)
مطلقا سواء مما يحتمل القسمة او لا وبه قال الشافعي لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس
بشرط فكذا تتمته ولم يصح عند محمد لان اصل القبض شرط عنده فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل
القسمة واما ما لا يحتملها كالحمام فيصح عند محمد مع الشيوع كالهبة والصدقة الا في المسجد والمقبرة
فانه لا يتم مع الشيوع مطلقا بالاتفاق وفي الدرر وبعض مشايخ ماننا افتوا بقول ابي يوسف وبه يفتى (و)
صح (جعل غلة وقف) بعضها (او) جعل (الولاية لنفسه) اي صح للواقف ان يشترط انتفاعه من
وقفه وتوليته لنفسه عند ابي يوسف لان شرط الواقف معتبر فيراعى كالنص وعليه الفتوى ترغيبا للناس
في الوقف كما في اكثر المعتبرات ولو شرط الولاية للافضل من الاولاد فالافضل وكان كلهم في الفضل
سواء تكون الولاية لاكبرهم سنا ذكرا كان او انثى ولو كان الافضل فاسقا في موضع اقام القاضي رجلا يقوم
بامر الوقف ما دام الافضل حيا وفي الظهيرية اذا شرطها الافضلهم واستوى اثنان في الديانة والسداد
والفضل والرشاد فالاعلم بامر الوقف اولى وافتى بعض المتأخرين بالاشتراك بينهم اذا لم يوجد صفة
الترجيح في احدهما لان افعل التفضيل ينتظم بالواحد والمتعدد ولو ولى القاضي افضل ثم حدث
في ولده افضل منه فالولاية اليه (و) صح (جعل البعض) اي بعض الغلة (او الكل) اي كل الغلة
(لامهات اولاده او مدبريه ما داموا احياء وبعد هم للفقراء) وفي الهداية قيل يجوز بالاتفاق وقيل
هو على الخلاف ايضا هو الصحيح وهو مختار المصنف لكن في البحر وفرع بعضهم على هذا الاختلاف
ايضا اشتراط الغلة لمدبره وامهات اولاده وهو ضعيف والاصح انه صحيح اتفاقا تدبر (و) صح
(شرطه ان يستبدل به) اي بالوقف (غيره) او يبيعه ويشتري بثمنه ارضا اخرى (اذا شاء) عند
ابي يوسف استحسانا لان فيه تحويله الى ما يكون خيرا من الاول او مثله فكان تقريرا لا ابطالا
فاذا فعل صارت الثانية كالاولى في شرائطها وان لم يذكرها ثم لا يستبدلها بثالثة لانه حكم ثبت بالشرط
والشرط وجد في الاولى لا الثانية واما الاستبدال بدون الشرط فلا يملكه الا القاضي باذن السلطان
حيث رأى المصلحة فيه وفي القنية مبادلة دار الوقف بدار اخرى انما يجوز اذا كانتا في محلة واحدة
او تكون المحلة المملوكة خيرا من المحلة الموقوفة وعلى عكسه لا يجوز وان كانت المملوكة اكثر مساحة
وقيمة واجرة لاحتمال قلة رغبات الناس فيها لدناءتها ولو وقف على ان يبيعها ويصرف ثمنها
الى حاجته او يكون ثمنها وقفا مكانها فالمختار انه باطل الا ان يصير الى موت فحينئذ يكون وصية
فيعتبر من الثلث (خلافا لمحمد في الكل) اي كل المذكور في وقت المشاع الى هنا ولا خلاف في اشتراط
الغلة لولده فاذا وقف على ولده شمل الذكر والانثى الا ان يقيد بالذكور ولا يدخل فيه الاناث فما
يوجد واحد من الصلبي كانت الغلة له واذا انتفى صرفت الى الفقراء لا لولد الولد وان لم يكن حين
الوقف ولد صلبي بل ولد ابن ذكرا او انثى كانت الغلة له خاصة لا يشاركه فيها من دونه من البطون
فان حدث له ولد كانت له ولا يدخل ولد البنت في الوقف على اولاده مفردا او جمعا في ظاهر الرواية
وهو الصحيح المفتى به كما في البحر ولو وقف على ولده وولد ولده اشترك ولده وولد ابنه وصحح قاضيخان
دخول البنات فيما اذا وقف على اولاده واولاد اولاده وهو المعمول به الآن ولا يفضل الذكور على
الانثى في القسمة بينهم وصحح عدمه في ولدي ولو قال على ولدي فمات كانت للفقراء ولا تصرف الى

ولد ولده الا بالشرط الا اذا ذكر البطون الثلثة فانه لا تصرف الى الفقراء مابقى احد من اولاده وان سفل يستوى فيه الاقرب والابعد الا ان يذكر مايدل على الترتيب بان يقول الاقرب فالاقرب او يقول على ولدى ثم على ولد ولدى او يقول بطنا بعد بطن فحينئذ يبدأ بما بدأ به الواقف بخلاف ماقال نسلا بعد نسل لان النسل يتضمن القريب والبعيد الترتيب بحقيقته والبعيد بحكم العرف فلا يدل على الترتب وبه يفتى اليوم لكن فيه كلام لان لفظ النسل فقط يدل على التأبيد لانه شامل للقريب والبعيد كما بيناه آنفا فيبقى قوله بعد نسل بلا فائدة فان قيل ان قوله بعد نسل للتأكيد قلنا التأسيس اولى من التأكيد لان الكلام ما امكن حمله على التأسيس لا يحمل على التأكيد كما فى اكثر المعتبرات فينبغى ان يحمل على الترتيب تأمل فانه من الغوامض ومافى الدرر من انه لو قال ابتداء على اولادى يستوى فيه الاقرب والابعد الا ان يذكر مايدل على الترتيب مخالف لما فى الخانية وغيرها لان لفظ الاولاد لا يشمل ولد الولد وهو المختار للفتوى تدبر ولو وقف على ولديه ثم على اولادهما فمات احدهما كان للاخر النصف ونصف الميت للفقراء لكن ينبغى ان يوجه القاضى الى الاخر ان كان محتاجا كما فتى به البعض فى ديارنا فان مات الاخر صرف الكل الى اولاد الاولاد بخلاف ما لو وقف على اولاده ثم الفقراء فمات بعضهم لانه وقف على اولاده ثم الفقراء فما بقى منهم احد لا تصرف على الفقراء ولو وقف على امرأته واولاده ثم ماتت امرأته لا يكون نصيبها المتولد من الوقف خاصة اذا لم يشترط رد نصيب الميت الى ولده ولو قال على ولدى وولد ولدى ابدا ماتناسلوا ولم يقل بطنا بعد بطن لكن شرط رد نصيب الميت الى ولده فالغلة لجميع ولده ونسله بينهم على السوية ولو مات بعض اولاد الواقف وترك ولدا ثم جاءت الغلة تقسم على الولد وولد الولد وان سفلوا وعلى الميت فما اصاب الميت من الغلة كان لولده بالارث فيصير لولد الميت سهمه الذى عينه الواقف بحكم تعيينه وسهم والده بالارث كما فى الغرر ولو قال على ولدى المخلوقين ونسلى يدخل الولد الحادث بالنسل بخلاف ما لو قال على ولدى المخلوقين ونسلهم كما فى الخانية ولو قال على المحتاجين من ولدى وليس له الا ولد محتاج كان النصف له والاخر للفقراء ولو قال ارضى صدقة موقوفة على اقاربى او على قرابتى او على ذوى قرابتى قال هلال يصح الوقف ولا يفضل الذكر على الانثى ولا يدخل فيه والد الواقف ولا جده ولا ولده وفى الزيادات يدخل كما فى الخانية وفى الاسعاف ولو قال على الذكور من ولدى وعلى ولد الذكور من نسلى يكون على الذكور من ولده لصلبه وعلى اولادهم من البنين والبنات وعلى ولد كل ذكر من نسله سواء كان من ولد الذكور او ولد الاناث ولا يدخل فيه الانثى الصلبية (وصح وقف العقار) للنصوص والاثار (وكذا) صح وقف (المنقول المتعارف وقفه عند محمد) كما صح وقف المنقول مقصودا اذا تعامل الناس وقفه (كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة) بالكسر السرير (وثيابها) التى يصنع من قطعة ستر الكعبة ونحوها يستر بها الميت على الجنازة (والقدور والمراجل والمصاحف) جمع المصحف وفى الخلاصة اذا وقف مصحفا على اهل مسجد للقراءة ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ فيه وفى موضع آخر فلا يكون مقصورا عليه (والكتب) جمع الكتاب (وابو يوسف معه) اى مع محمد (فى وقف السلاح والكراع كالخيل والابل فى سبيل الله) وماسوى الكراع والسلاح لا يجوز وقفه عند ابى يوسف لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد فيهما فيقتصر عليه (وبه) اى بقول محمد (يفتى) لوجود التعامل فى هذه الاشياء واختاره اكثر فقهاء الامصار وهو الصحيح كما فى الاسعاف وهو قول عامة المشايخ كما فى الظهيرية لان القياس قد يترك بالتعامل كما فى الاستصناع بخلاف مالا تعامل فيه كالثياب والامتعة خلافا للشافعى وقد حكى فى المجتبى الخلاف على خلاف هذا فى المنقول فقيل قول محمد بجوازه مطلقا جرى التعارف به اولا وقول ابى يوسف بجوازه ان جرى

فيه تعامل ولماجرى التعامل فى وقف الدنانير و الدراهم فى زمان زفر بعد تجويز صحة وقفهما
فى رواية دخلت تحت قول محمد المفتى به فى وقف كل منقول فيه تعامل كما لايخفى فلايحتاج على هذا
الى تخصيص القول بجواز وقفها لمذهب زفر من رواية الانصارى و قد افتى صاحب البحر بجواز
وقفها ولم يحك خلافا كما فى المنح وعن زفر رجل وقف الدراهم اوالطعام اومايكال اويوزن قال
يجوز قيل له وكيف يكون قال يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بفضلها فى الوجه الذى وقف
عليه ومايوزن و يكال يباع فيدفع ثمنه بضاعة اومضاربة كالدراهم قالوا على هذا القياس اوقال
هذا الكر من الحنطة وقف على شرط ان يقرض للفقراء الذين لابزر لهم فيزرعونها لانفسهم
ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء ابدا جاز على هذا الوجه
ومثل هذا كثير فى الرى وناحية نهاوند (وكذا يصح عند ابى يوسف وقفه) اى وقف المنقول (تبعا
كمن وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم) اى الاكرة (عبيده) اى عبيد الواقف (وسائر آلات الحراثة)
والقياس ان لايجوز لان التأبيد من شرطه وجه الاستحسان انهما تبع للارض فى تحصيل ماهو
المقصود وكم من شئ يثبت تبعا ولهذا دخل فى وقف الارض ما كان داخلا فى البيع من النساء
والاشجار دون الزرع والثمار ومحمد معه فيه واما لو بنى على ارض ثم وقف البناء بدون الارض
ان كانت الارض مملوكة فلايصح وان موقوفة على ماعين البناء له جاز اجماعا و ان لجهة اخرى
فمختلف فيه والمعمول به الآن الجواز وكذا حكم وقف الاشجار وفى المنح المتعارف فى ديارنا وقف
البناء بدون الارض وكذا وقف الاشجار بدونها فيتعين الافتاء بصحته لانه منقول فيه تعامل انتهى
والمراد بالتعامل تعامل الصحابة والتابعين والمجتهدين من ائمة الدين رضوان تعالى عليهم وعلينا
اجمعين لاتعارف العوام كما قال بعض الفضلاء فعلى هذا ماقال صاحب المنح من ان المتعارف الى قوله
لانه منقول فيه تعامل ليس بمعتمد لكن فى المحيط وغيره رجل وقف بقرة على رباط على ان مايخرج
من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل قال ان كان فى موضع يغلب ذلك فى اوقافه رجوت ان يكون
جائزا ومن المشايخ من قال بالجواز مطلقا قالوا لانه جرى بذلك التعارف فى ديار المسلمين انتهى هذا
مشعر بان المراد مطلق التعارف لاماقاله البعض تدبر (واذا صح الوقف) اى اذا لزم الوقف على
حسب الاختلاف فى سبب اللزوم (فلايملك) مبنى للمفعول اى لايكون مملوكا لاحد اصلا (ولايملك)
مبنى للمفعول من التفعيل اى لايقبل التمليك لغيره بوجه من الوجوه الا انه يجوز قسمة المشاع عند
ابى يوسف يعنى اذا كان الوقف مشاعا وطلب الشريك القسمة تصح مقاسمته عنده وهو قول
الائمة الثلثة لان القسمة تمييز وافراز غاية مافى الباب ان الغالب فى غير المكيل والموزون معنى المبادلة
الا انه جعل فى قسمة الوقف معنى الافراز غالبا نظرا للوقف فلم يجعلها فى معنى البيع والتمليك خلافا
لهما لان القسمة معنى البيع والتمليك فى غير المثليات وهو فى الوقف ممتنع وفى الاسعاف ولو استحق
نصف ماوقفه وقضى به للمستحق يستمر الباقى وقفا عند ابى يوسف خلافا لمحمد و فى التنوير
اطلق القاضى بيع الوقف الغير المسجل لوارث الواقف فباع صح لان ذلك منه يكون حكما ببطلان
الوقف فيجوز بيعه ولو اطلق لغير الوارث لايصح بيعه لان الوقف اذا بطل عاد الى ملك وارث
الواقف و بيع مال الغير لايجوز بغير طريق شرعى (ويبدأ من ارتفاع الوقف) اى من غلته
(بعمارته وان لم يشترطها الواقف) لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا وهذا انما يحصل
بالاصلاح والعمارة فيثبت شرطها العمارة اقتضاء والثابت به كالثابت نصا وفيه اشعار بانه لايستدين
المتولى اذا لم يكن فى يده مايعمره الا بامر القاضى وفى البحر و يستدين للامام والخطيب والمؤذن
باذن القاضى لضرورة مصالح المسجد وكذا للحصير والزيت ولو ادعى المتولى انه استدان باذن
القاضى هل يقبل قوله بلا بينة الظاهر انه لايقبل و ان كان مقبول القول لما انه يريد الرجوع

في الغلة (ان وقف على الفقراء) فلو فضل عن العمارة صرف اولا الى ولده الفقير ثم الى قرابته ثم الى مواليه ثم الى جيرانه ثم الى اهل مصره من كان اقرب الى الواقف منزلا وقال ابو بكر الاسكاف لا يعطى لاحد من اقربائه شيء كما في القهستاني (وان على) جمع او واحد (معين) وآخره للفقراء (فعليه) اى فالعمارة على المعين (فان امتنع) المعين عن العمارة (او كان فقيرا) لا يقدر على العمارة بماله (آجره الحاكم) اى القاضي او القيم باذنه استحسانا صيانة للواقف وفيه اشعار بان الواقف ومن له السكنى لا يوجره لانه غير ناظر خلافا للشافعي (وعمره) من الثلاثي من العمارة لا من التعمير (من اجرته) بقدر ما يبقى على الصفة التي وقفها الواقف فلا يزيد على ذلك الا برضى ذلك المعين وكذا ان كان وقفا على الفقراء لا يزيد على ذلك على الاصح ولا يجوز صرف غلة مستحقة له الى جهة غير مستحقة الا برضاه (ثم) اى بعد العمارة (رده) اى الباقي (اليه) اى الى المعين لان في ذلك رعاية لحق الواقف وحق الموقوف عليه ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيها من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة (ونقض الوقف يصرف) اى يصرفه الحاكم (الى عمارته) اى الوقف (ان احتاج) الى العمارة بالفعل (والا) اى وان لم يحتج الى العمارة بالفعل (حفظ) النقض (الى وقت الحاجة) الى العمارة فيصرف اليها (وان تعذر صرف عينه) اى عين النقض اليها بان لا يصلح (بياع) اى يبيعه نحو المتولي النقض (ويصرف ثمنه اليها) وقت الحاجة لانه بدل النقض (ولا يقسم) النقض (بين مستحق الوقف) لانه جزء من العين وحقهم في المنفعة والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم

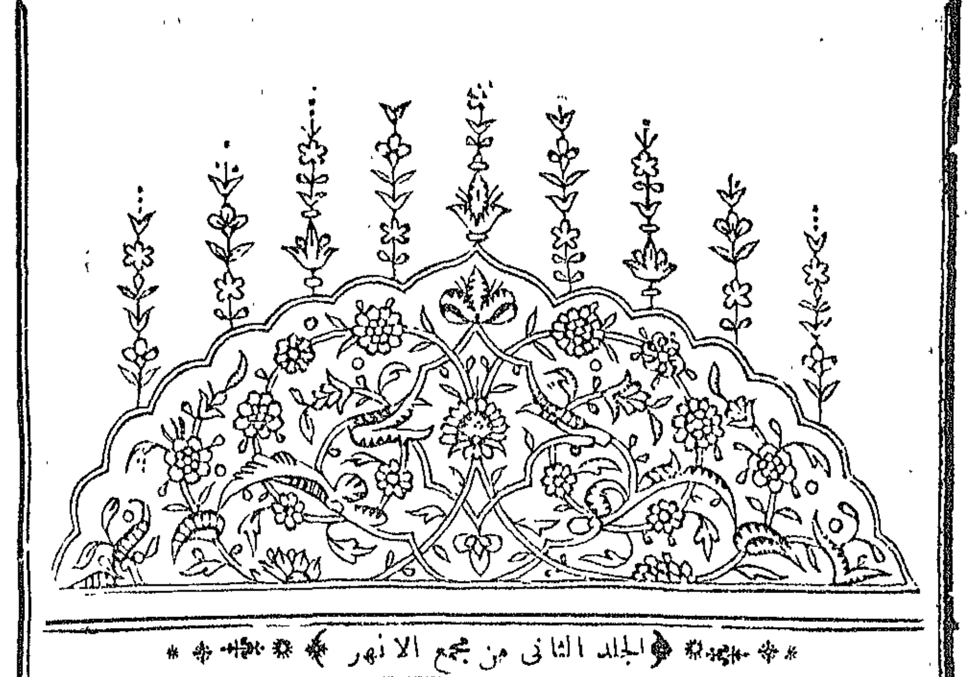
﴿وصل﴾ (اذا بنى مسجدا لا يزول ملكه) اى ملك المالك المجازي (عنه) اى عن المسجد وانما قال بنى مسجدا لانه لو كان ساحة زال ملكه بمجرد الامر بالصلاة فيها ذكر الابدا ولا كما في المحيط (حتى يفرزه) اى يميزه عن ملكه) من كل الوجوه (بطريقه) اى مع طريق المسجد بان يجعل له سبيلا عاما يدخل فيه المسلمون منه لانه لا يخلص لله تعالى الا به (ويأذن) اى كل الناس (بالصلاة) اى بكل الصلاة (فيه) اى في المسجد عند الطرفين لانه تسليم وهو شرط عندهما فلو اذن لقوم او للناس شهرا او سنة مثلا لا يزول ملكه كما في القهستاني (ويصلي فيه) ولو بلا اذان واقامة (واحد) في رواية عندهما لان المسجد موضع السجود ويحصل بفعل الواحد (وفي رواية) عندهما (شرط صلاة جماعة) جهرا باذان واقامة حتى او كان سرا بان كان بلا اذان ولا اقامة لا يصير مسجدا اتفاقا لان اداء الصلاة على الوجه الاكمل بالجماعة وهذه الرواية صحيحة كما في الكافي وغيره (ولا يضر جعله) اى جعل الواقف (تحته) اى تحت المسجد (سردابا) هو بيت يتخذ تحت الارض للتبريد (لمصالحه) اى المسجد ولا يخرج به عن حكم المسجد كما في بيت المقدس (فان جعله) اى السرداب (لغير مصالحه) اى المسجد (او جعل) الواقف (فوقه) اى المسجد (بيتا وجعل بابه) اى باب المسجد (الى الطريق وعزله) اى ميزه عن ملكه (او اتخذ وسط داره مسجدا واذن) اى كل الناس (بالصلاة) اى بكل الصلاة (فيه) اى في المسجد (لا يزول ملكه) اى ملك المالك المجازي (عنه) اى عن المسجد (وله) اى المالك (بيعه) اى المسجد (ويورث عنه) اى عن المالك اذا مات لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء ملك العبد متعلقا به وهذا في الصورتين الاوليين واما في الثالثة فلان ملكه محيط بجوانبه فكان له حق المنع والمسجد لا يكون لاحد فيه حق المنع وفيه اشعار بانه لو بنى بيتا على سطح المسجد لسكنى الامام فانه لا يضر في كونه مسجدا لانه من المصالح فاذا كان هذا فكيف بغيره فمن بنى على جدار المسجد وجب هدمه ولا يجوز اخذ الاجرة وفي البزازية ولا يجوز للقيم ان يجعل شيئا من المسجد مستغلا ولا مسكنا ولو خرب ما حوله واستغنى عنه يبقى مسجدا عند الشيخين وبه يفتى وعند محمد عاد الى المالك ومثله حشيش المسجد وحصيره مع الاستغناء عنهما كما في المنح وفي البحر الفتوى على قول محمد في آلات

المسجد وعلى قول ابى يوسف فى تأبيد المسجد (وعند ابى يوسف يزول ملكه) اى ملك المالك المجازى (بمجرد القول مطلقا) لما مر ان التسليم عنده ليس بشرط (ولو ضاق المسجد) على المصلين (وبجنبه طريق العامة يوسع) المسجد (منه) اى من الطريق اذا لم يضر باصحاب الطريق وكذا لو ضاق وبجنبه ارض لرجل يؤخذ ارضه بالقيمة ولو كرها (وبالعكس) يعنى لو ضاق الطريق وبجنبه مسجد واسع مستغنى عنه يوسع الطريق منه لان كليهما للمسلمين والعمل بالاصلح كما فى الفرائد وغيره لكن ما فى التبيين من انه جاز لكل احد ان يمر فيه حتى الكافر يعارض لهذا التعليل تدبر (رباط استغنى عنه يصرف وقفه الى اقرب رباط اليه) هذا عند الشيخين كما فى الدرر وهو المختار عند المصنف ولذا صوره على صورة الاتفاق وفى القنية حوض او مسجد خرب وتفرق الناس عنه فللقاضى ان يصرف اوقافه الى مسجد آخر او حوض آخر وفى المنح والمسجد اذا استغنى عنه المسلمون ولا يصلى فيه وخرب ما حوله يعود الى صاحبه كما كان عند الطرفين وقال ابو يوسف يبقى مسجدا ابدا انتهى هذه الرواية مخالفة لما فى الدرر الا ان يحمل على اختلاف الروايتين وما حكى من ان محمدا مر بمزبلة فقال هذا مسجد ابى يوسف ومر ابو يوسف على اصطبل فقال هذا مسجد محمد من وضع الجهلة وليس من شانهم الطعن كما فى الكفاية وفى الغرر اذا اتحد الواقف والجهة وقل مرسوم بعض الموقوف عليه جاز للحاكم ان يصرف من فاضل الوقف الآخر اليه وان اختلف احدهما فلا (والوقف فى المرض وصية) فيعتبر من الثلث ان لم تجز الورثة ولو وقف المريض داره وعليه دين محيط لا يصح وان لم يكن محيطا صح بعد الدين فى ثلثه (ويتبع) مضارع مجهول من الاتباع بالتشديد (شرط الواقف فى اجارة الوقف ان وجد) شرط الاجارة حتى اذا شرط الواقف ان لا يوجر اكثر من سنة والناس لا يرغبون فى استيجار سنة وكان اجارتها اكثر من سنة ادر على الوقف وانفع للفقراء فليس للقيم ان يخالف شرطه ولكنه يرفع الامر الى القاضى فيوجره اكثر من سنة (والا) اى وان لم يوجد شرط الاجارة (فيختار ان لا يوجر الضياع) جمع ضيعة (اكثر من ثلاث سنين ولا) يوجر (غيرها) اى غير الضياع (اكثر من سنة) وبه يفتى كما فى اكثر المعتبرات واما الاوقاف التى فى ديارنا فتوجر بالاجارات الفاسدة حتى لو آجر القيم دار الوقف بالاجرة المعجلة والمؤجلة على رجل مثلا لا ينزع عن يده ما دام يؤدى الاجرة المعينة ويتصرف كيف ما يشاء فان مات ينتقل الى ولده ذكرا او انثى على السوية ولا ينتقل الى سائر الورثة بل يأخذها الوقف ويوجرها الى غيره على الوجه المذكور (ولا يوجر) الوقف (الا باجر المثل) حتى لو آجر بدون اجر المثل لزمه تمامه بالغا ما بلغ وعليه الفتوى دفعا للضرر عن الموقوف عليهم كاب آجر منزل صغيره بدونه الا اذا لم يوجد من يستأجره باجر المثل وفى البحر وشرط الزيادة ان يكون عند الكل اما لو زادها واحد او اثنان تعنتا فانها غير مقبولة (ثم) اى بعد الايجار باجر المثل (لا ينقض) اى لا يفسخ تلك الاجارة (ان زاد الاجرة لكثرة الرغبة) لان المعتبر اجر المثل يوم العقد وفى المنح واما اذا زاد اجر المثل فى نفسه من غير ان يزيد احد فللمتولى فسخها وعليه الفتوى والمستأجر الاول اولى من غيره اذا قبل الزيادة وفى مجموع النوازل اذا آجر القيم دار الوقف من نفسه لا يجوز وكذا لو آجر من عبده او مكاتبه وكذا ان آجر من ابيه او ابنه عند الامام وعندهما يجوز (وليس للموقوف عليه) كالامام والاولاد وغيرهم (ان يوجر) الوقف لانه لا حق له فى التصرف فى الوقف انما حقه فى الغلة ولو غصب الوقف لا يكون لاحد منهم حق الخصومة بغير اذن القاضى لكن فى المنح اذا كان الاجر كله للموقوف عليه بان كان الوقف لا يسترم وغيره لا يشاركه فى استحقاق الغلة فحينئذ يجوز وهذا فى الدور والحوانيت واما الاراضى ان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه ان يوجرها اما اذا لم يشترط ذلك يجب ان يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه (الا بانابة)

من المتولى (او ولاية) من الواقف فحينئذ يكون له حق التصرف (ولايعار) الوقف (ولايرهن)
حتى لو سكن فيه المرتهن يجب عليه اجر مثله (وان غصب عقاره) اى عقار الوقف (يختار
وجوب الضمان) يعنى المختار فى غصب العقار والدور الموقوفة الضمان كما ان المختار فى غصب منافع
الوقف الضمان وعليه الفتوى وكذا منافع مال اليتيم وفى اكثر المعتبرات اذا سكن المتولى دار الوقف
بغير اجر قيل لاشئ على الساكن وعامة المتأخرين على ان عليه اجر المثل سواء كانت الدار
معدة للاستغلال اولم تكن صيانة عن ايدى الظلمة وقطعا للاطماع الفاسدة وعليه الفتوى وكذا
الرجل اذا سكن دار الوقف بغير امر الواقف وبغير امر القيم كان عليه اجر المثل بالغا ما بلغ حتى
لو باع المتولى دار الوقف فسكنها المشترى ثم رفع الى قاض فابطل البيع فظهر الاستحقاق
للوقف كان على المشترى اجر مثله وهل يضمن المتولى ان اقتضى شئ من مصالح الوقف قلنا
ان كان فى عين ضمنها وان كان مافى الذمة لا وفى القنية انهدم الوقف فلم يحفظه القيم حتى ضاع نقضا
يضمن اشترى القيم من الدهان دهنا ودفع الثمن ثم افلس الدهان بعد لم يضمن وفى البحر ولو اذن
القاضى للقيم فى خلط مال الوقف بماله تخفيفا عليه جاز ولايضمن ولو اخذ متولى الوقف من غلته
شيئا ثم مات بلا بيان لايكون ضامنا كما فى عامة المعتبرات هذا فيما اذا لم يطالب المستحق واما اذا طالبه
ولم يدفع له ثم مات بلا بيان فانه يكون ضامنا هذا فى الغلة مافى الاصل فيكون ضامنا اذا مات بلا بيان
وفى البزازية وقف عليه غلة دار ليس له السكنى وان وقف عليه السكنى لم يكن له الاستغلال
(ولو شرط) الواقف (الولاية لنفسه وكان خائنا ينزع منه) اى يعزل القاضى الواقف المتولى
على وقفه (وان) وصلية (شرط) الواقف (ان لاينزع) لانه شرط مخالف للحكم الشرعى
فيبطل وبهذا علم ان قولهم شرط الواقف كنص الشارع ليس على عمومه وتمامه فى البحر
وفى البزازية ان عزل القاضى للخائن واجب ومقتضاه الاثم بتركه والاثم بتولية الخائن ولاشك
فيه وفيه اشارة الى ان ولاية الواقف للوقف تكون اذا شرطها لنفسه والا فلا وفى الغرر مرض المتولى
فوض التولية الى غيره ولو مات المتولى بلا تفويضها الى غيره فالرأى فى نصب المتولى الى الواقف
ثم الى وصيه ثم الى القاضى البانى للمسجد اولى من القوم بنصب الامام والمؤذن فى المختار الا اذا عين
القوم اصلح مما عينه وفى التنوير ومادام يصلح احد للتولية من اقارب الواقف لايجعل المتولى من
الاجانب اراد المتولى اقامة غيره مقامه فى حيوته ان كان التفويض له عاما صح والا فلا وفى الدرر
وتقبل فيه اى فى الوقف الشهادة على شهادة الرجال بالنساء والشهادة بالشهرة لاثبات
اصله وان صرحوا بالتسامع بخلاف سائر ماتجوز فيه الشهادة بالتسامع كالنسب فانهم اذا صرحوا
بانهم شهدوا بالتسامع لاتقبل لان الوقف حق الله تعالى وفى تجويز القبول بتصريح التسامع
حفظا للاوقاف القديمة عن الاستهلاك وغيره ليس كذلك لا اى تقبل لا الشهادة بالشهرة لاثبات
شرطه فى الاصح كما فى اكثر المعتبرات لكن فى المجتبى تقبل الشهادة على اصل الوقف بالشهرة
وعلى شرائطه ايضا هو المختار واعتمده فى المعراج وقواه فى الفتح والمختار مافى اكثر المعتبرات وبيان
المصرف من اصله فتقبل الشهادة عليه بالتسامع لتوقف الوقف عليه هذا اذا كان اصل الوقف اذا
لم يستند الى ملك شرعى اما اذا استند فلاتقبل الشهادة بالشهرة بل تجب الشهادة على تسجيله
وبه يفتى اليوم لان الملك الشرعى لاينزع عن يد المالك الا بالشهادة على تسجيل الوقف لا بالتسامع
تأمل فانه من الغوامض الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا ان هدينا الله متول بنى على
عرصة الوقف وهواى البناء يكون للوقف ان بناه من مال الوقف او مال نفسه ونواه للوقف اولم ينو
شيئا وان بنى لنفسه واشهد عليه كان للمتولى نفسه والاجنبى ان بنى ولم ينو شيئا فله ذلك وان نوى
كونه للوقف كان وقفا كذا الغرس الا الغرس فى المسجد للمسجد مطلقا هذا اذا كان باذن المتولى

اما اذا احدث رجل عمارة في الوقف بغير اذن فللمتولي ان يأمره بالرفع ان لم يضر رفعه بالبناء القديم والا فهو الذي ضيع ماله فليتربص الى ان يتخلص ماله من تحت البناء ثم يأخذه ولو اصطلحوا على ان يجعل ذلك للوقف بثمن لا يجاوز اقل القيمتين منزوعا او مبنيا فيه صح وفي الذخيرة قال سئل شيخ الاسلام عن وقف مشهور اشتبهت مصارفه وقدر ما يصرف فدا وما يستحقه قال ينظر الى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان من ان قوامه كيف يعملون فيه والى من يصرفونه فيبتني على ذلك لان الظاهر انهم كانوا يفعلون ذلك على موافقة شرط الواقف وهو المظنون بحال المسلمين فيعمل على ذلك وفي التنوير اشترى المتولي بمال الوقف دارا لا تلحق بالمنازل الموقوفة ويجوز بيعها في الاصح مات المؤذن والامام ولم يستوفيا وظيفتهما من الوقف سقط لانه في معنى الصلة كالقاضي وقيل لا يسقط لانه كالاجرة وان كان على الامام دار وقف في يد المستأجر فلم يستوف الاجرة حتى مات ينظر ان آجرها المتولي فانه يسقط وان آجرها الامام لا يسقط كما في العمادية وفي الدرر باع دارا ثم ادعى اني كنت وقفتها او قال وقف على لا تصح الدعوى للتناقض فليس له ان يحلف المشتري ولو اقيمت البينة قبلت على المختار وينقض البيع وفي المنح وقف بين اخوين مات احدهما وبقي في يد الحي واولاد الميت ثم الحي اقام بينة على واحد من اولاد الاخ ان الوقف بطنا بعد بطن والباقي غيب والواقف واحد تقبل و ينتصب خصما عن الباقين ولو اقام اولاد الاخ بينة ان الوقف مطلق علينا وعليك فبينة مدعي الوقف بطنا بعد بطن اولى قال الفقيه ابو الليث من يأخذ الاجر من طلبة العلم في يوم لا درس فيه ارجو ان يكون جائزا وفي الحاوي اذا كان مشغولا بالكتابة او التدريس ولو اشترط في الوقف ان يزيد في وظيفة من يرى زيادة وان ينقص من وظيفة من يرى نقصانه من اهل الوقف وان يدخل معهم من يرى ادخاله وان يخرج منهم من يرى اخراجه جاز ثم اذا زاد احدا منهم شيئا او نقصه مرة او ادخل احدا او اخرج احدا ليس له ان يغيره بعد ذلك لان شرطه وقع على فعل يراه فاذا رآه وامضاه فقد انتهى ما رآه الا بشرطه * الحمد لله على الاتمام وعلى رسوله وآله افضل الصلاة والسلام وقد انتهى هذا النصف الاول من الشرح المذكور في اليوم الخميس رابع عشر من ذي القعدة الشريفة لسنة ست وسبعين والف ونرجو من الله اتمام النصف الاخر بحرمة سيد المرسلين صلى الله تعالى عليه وعليهم اجمعين

قد تم طبع الجلد الاول من هذا الشرح المنيف * بعون الله الملك اللطيف * في دار الطباعة العامرة لا زالت مصونة في الحماية الصمدانية * ويردفه الجلد الثاني منه مبتدئا من كتاب البيوع ومن الله التوفيق



الجلد الثانى من مجمع الانهر

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب البيوع) وجه المناسبة بينه وبين ما قبله ان ما قبله ازالة الملك لا الى مالك وفيه اليه فنزل الوقف فى ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب فى الوجود فقدمه فى التعليم وهى جمع بيع بمعنى مبيع كضرب الامير والمبيعات اصناف مختلفة واجناس متفاوتة اوجمع المصدر لاختلاف انواعه اما باعتبار المبيع لانه اما بيع سلعة بسلعة ويسمى مقايضة او بالثمن وهو البيع المشهور او بيع ثمن بثمن وهو الصرف او دين بثمن وهو السلم واما باعتبار الثمن لان الثمن الاول ان لم يعتبر يسمى مساومة او اعتبر مع زيادة فهو المرابحة اوبدونها فهو التولية اومع النقص فهو الوضيعة او اريد به الحاصل بالمصدر كعلوم فى جمع علم وهو من الاضداد يقال على الاخراج عن الملك والادخال فيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على بيع اخيه اى لا يشترى على شراء اخيه لان المنهى عنه هو الشراء لا البيع ويقع غالبا على اخراج المبيع عن الملك قصدا ويتعدى الى المفعول الثانى بنفسه وبالحرف نحو باعه الشئ وباعه منه وربما دخلت اللام فيقال بعت الشئ وبعت لك فهى زائدة وابتاع زيد الدار بمعنى اشتراها وباع عليه القاضى اى من غير رضاه وكذا الشراء قال الله تعالى وشروه بثمن بخس اى باعوه ويقع غالبا على اخراج الثمن عن الملك قصدا ثم البيع لا ينعقد الا بصدور ركنه من اهله مضافا الى محل قابل لحكمه كسائر العقود وهذا كما فى الحسيات فانه يحتاج فى ايجاد السرير الى النجار وهو مثل العاقد فى مسئلتنا والى الالة وهو مثل قوله بعت واشتريت والى النجر وهو مثل اخراج هذا القول على سبيل الانشاء والى المحل وهو المبيع وهذا معنى قول اهل الحكمة ان العلة على اربعة اقسام آلية كالفأس ومحلية كالخشب وفاعلية كالنجار وحالية كالنجر وعلى هذا يخرج مسائل البيوع وغيرها من العقود عند دخول المفسد من حيث الاهل ومن حيث المحل اوغيره فان بذلك يختلف الامر فان العقد لا ينعقد اصلا اذا لم يكن العاقد اهلا وينعقد موقوفا عند توقف الاهلية وكذلك لا ينعقد عند فوات المحل ومشروعية البيع بقوله تعالى واحل الله البيع وبالسنة وهى كثيرة وباجماع الامة وبالمعقول (البيع فى الشرع مبادلة مال بمال) لم يقل بالتراضى ليتناول بيع المكره فانه منعقد وان لم يلزم وقال يعقوب باشا وغيره وينبغى

ان يزاد قيد بطريق الاكتساب كما وقع فى الكتب لاخراج مبادلة رجلين مالهما بطريق الهبة بشرط العوض فانه ليس ببيع ابتداء وان كان فى حكمه بقاء انتهى وفيه كلام لان قوله ليس ببيع ابتداء يقتضى ان يكون الهبة بشرط العوض فى ابتداء العقد تبرعا محضا لامبادلة فخرج بقوله المبادلة فلاحاجة الى هذا القيد وكذا لاحاجة الى قيد على وجه التمليك كما قيل لانه يفهم من المبادلة ايضا (وينعقد البيع) اى يحصل شرعا (بايجاب) هو كلام اول من يتكلم من المتعاقدين حال انشاء البيع سمى بالايجاب مبالغة لكونه موجبا اى مثبتا للاخر خيار القبول (وقبول) اى من ايجاب وقبول او بسببهما وهو كلام ثانى من يتكلم منهما فى تلك الحال فعلم ان هذين اللفظين من اركانه فمن الظن انهما خارجان من حقيقة البيع وينبغى ان يكون الواو بمعنى الفاء فانهما لو كانا معا لم ينعقد والاطلاق شامل لانواعه الاربعة الجائز والفاسد والموقوف والباطل كما فى القهستانى وفيه اشارة الى انه لاينعقد بالوكيل من الجانبين الا فى الاب فانه يتولى الطرفين فى مال الصغير وفى الخانية الواحد لايتولى العقد من الجانبين الا فى مسائل منها الاب اذا اشترى مال ولده الصغير لنفسه او باع ماله من ولده فانه يكتفى بلفظ واحد وقال خواهر زاده هذا اذا اتى بلفظ يكون اصلا فى ذلك اللفظ بان باع ماله فقال بعت هذا من ولدى فانه يكتفى بقوله بعت اما اذا اتى بلفظ لايكون هو اصلا فى اللفظ بان اراد ان يبيع ماله من ولده فقال اشتريت هذا المال لولدى لايكتفى بقوله اشتريت ويحتاج الى قوله بعت ومنها الوصى اذا باع ماله من اليتيم او يشترى مال اليتيم لنفسه وكان ذلك خيرا لليتيم ومنها الوصى اذا اشترى مال اليتيم للقاضى بامر القاضى ومنها العبد يشترى نفسه من مولاه بامره واما القاضى فانه لايعقد لنفسه لان فعله قضاء وقضاؤه لنفسه باطل فلايملك كما لايملك تزويج اليتيمة من نفسه (بلفظى الماضى كبعت واشتريت) لانه انشاء والشرع قد اعتبر الاخبار انشاء فى جميع العقود فينعقد به ولان الماضى ايجاب وقطع والمستقبل عدة او امر وتوكيل فلهذا انعقد بالماضى وفى القنية ينعقد بلفظين مستقبلين ثم قال لا ينعقد وبين التوفيق بين القولين بانه ان اراد بالمضارع الحال ينعقد وان اراد به الاستقبال والوعد لا لان المضارع يحتمل الحال والاستقبال وفى التحفة باللفظين الماضيين ينعقد بدون النية واما بصيغة المستقبل لا الا بالنية قال صاحب القنية وهذا الفقه وهو ان الشرع جعل الايجاب والقبول علامة لرضى والاخبار عن الحال ادل على الرضى وقت العقد من الماضى فقول الهداية ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل محله ما اذا خلا عن النية او مراده المستقبل المصدر بالسين او سوف فانه لايحتمل غيره فلا يرد على كلام الهداية شئ كما فى المنح وفصل المولى سعدى افندى فى هذا المحل فى حاشيته فليطالع وفى المحيط سماع المتعاقدين الايجاب والقبول شرط الانعقاد واو سمع اهل المجلس وقال البايع لم اسمعه ولم يكن به وقر لم يصدق (ومادل على معناهما) اى معنى الايجاب والقبول كقول البايع اعطيت او بذلت او رضيت او جعلت لك هذا بكذا فانه فى معنى بعت والمشترى اخترت او قبلت او فعلت او اجزت او اخذت وقد يقوم القبض مقام القبول كما لو قال بعتك هذا بدرهم فقبضه المشترى ولم يقل شيئا ينعقد البيع كما فى الخانية (و) ينعقد ايضا (بالتعاطى) لان جوازه باعتبار الرضى وقد وجد وحقيقته وضع الثمن واخذ المثمن عن تراض منهما فى المجلس كما قالوا وهو يفيد انه لابد من الاعطاء من الجانبين وعليه الاكثر كما ذكره الطرسوسى وافتى به الحلوانى وفى البزازية انه المختار لكن فى التنوير ويكتفى بالاعطاء من احد الجانبين على الاصح اذا لم يصرح مع التعاطى بعدم الرضاء وفى المنح هكذا صححه الكمال فى الفتح ونص محمد على ان بيع التعاطى يثبت بقبض احد البدلين وهذا ينتظم المبيع والثمن وفى القاموس وغيره التعاطى التناول وهو انما يقتضى الاعطاء من جانب والاخذ من جانب لا الاعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسى وفى الكرى وبه يفتى

واكتفى الكرمانى بتسليم المبيع مع بيان الثمن اما اذا دفع الثمن ولم يقبض فلا يجوز (فى النفيس) كالعبيد والجواهر (والخسيس) كاللحم والخبز (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخى فانه قال انما ينعقد بالخسيس دون النفيس (واوقال خذه بكذا فقال اخذت او رضيت صح) لان قوله خذه امر بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فكانه قال بعته منك به فخذه فقدر البيع اقتضاء فيثبت باعتباره وفرق فى الولوالجية فى القبول بنعم بين ان يبدأ البايع بالايجاب والمشترى فان بدأ البايع فقال بعت عبدى هذا بالف فقال المشترى نعم لم ينعقد لانه ليس بتحقيق وان بدأ المشترى فقال لاخر اشتريت عبدك هذا بالف وقال الاخر نعم صح البيع لانه جواب (واذا اوجب احدهما) اى احد المتعاقدين (فللاخر ان يقبل كل المبيع بكل الثمن فى المجلس) اى فى مجلس الايجاب اعم من ان يكون بالخطاب او بالرسول كما اذا قال لرسوله قل لفلان بعت عبدى منه بكذا فذهب الرسول فاخبره فقال المشترى فى مجلسه ذلك اشتريت او بالكتاب لان كلا منهما سفير فمجلسه كمجلس العقد بالخطاب فلو قال بعت منه فبلغه يافلان فبلغه هو او رجل آخر جاز بخلاف ما لم يقل بلغه فبلغه فقيل لا يجوز لان شطر العقد فى البيع لا يتوقف على قبول غائب اتفاقا كما فى النكاح على الاظهر عند الطرفين وفى الزاهدى او قال بعنى من فلان الغائب فحضر الغائب فى المجلس فقال اشتريت صح (او يترك) كل المبيع يعنى اذا قال البايع بعتك هذا بكذا فالاخر بالخيار ان شاء قبله وان شاء رد لانه مخير غير مجبر فيختار ايهما شاء وهذا خيار القبول فيمتد الى آخر المجلس لحاجة الى التفكر والتروى والمجلس جامع للمتفرقات فاعتبر ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر وعند الشافعى لا يمتد بل هو على الفور (لا) يقبل الاخر بايعا كان او مشتريا (بعضا دون بعض) اى ليس له ان يقبل كل المبيع ببعض الثمن او بعضه بكله او ببعضه لانه تفريق للصفقة وانه ضرر بالبايع فان من عادة التجار ضم الردى الى الجيد فى البيع لترويج الردى فلو صح التفريق يزول الجيد عن ملكه ويبقى الردى فيتضرر بذلك وكذلك المشترى يرغب فى الجميع فاذا فرق البايع الصفقة عليه يتضرر الا ان يرضى الاخر بذلك فى المجلس بعد قبوله فى البعض ويكون المبيع مما ينقسم عليه الثمن بالاجزاء كعبد واحد او مكيلا او موزونا فاما ما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين او عبدين فلا يجوز وان قبل الاخر (الا اذا بين ثمن كل) مما قبل الاخر ومما ترك لان ذلك دليل على رضاه بالتفريق ولان الايجاب حينئذ فى معنى ايجابات متعددة اما اذا كرر فى البيان لفظ البيع بان قال بعتك هذين بدرهمين بعت هذا بدرهم وبعت هذا بدرهم يجوز اتفاقا واما اذا لم يكرر بان قال بعتك هذين بدرهمين كل واحد بدرهم فيجوز عندهما خلافا للامام بناء على ان البيع يتكرر بتكرر لفظ بعت عنده وبتفصيل الثمن عندهما كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغى للمصنف ان يذكر الخلاف كما هو دأبه تدبر (وان رجع الموجب) سواء كان بايعا او مشتريا (او قام احدهما) يعنى لو كانا قاعدين فقام احدهما (عن المجلس قبل القبول) ظرف لرجع وقام على سبيل التنازع (بطل الايجاب) اما الاول فلان المانع من الرجوع لزوم ابطال حق الغير وهو منتف ههنا لان الايجاب لا يفيد الحكم بدون القبول فان قيل ان كان الموجب المشترى ففى رجوعه ابطال حق البايع وهو تملكه الثمن وان كان البايع ففى رجوعه ابطال حق المشترى وهو تملكه المبيع اجيب بان الحق للموجب لانه اثبت ولاية التملك للاخر وبان حق التملك لا يعارض حقيقة الملك للبايع لكونها اقوى منه واما الثانى فلان القيام دليل الاعراض والرجوع ولهما ذلك قبل القبول فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغى ان لا يثبت الرجوع اجيب بان الايجاب بطل بما يدل على الاعراض فلا يؤثر التصريح بعده وفى الفتح وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان او يسيران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب الاخر لا يصح لاختلاف المجلس فى ظاهر الرواية واختار غير واحد

كالطحاوى وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز وفى الخلاصة عن النوازل اذا اجاب بعد ماشى خطوة اوخطوتين جاز ولاشك انهما اذا كانا يمشيان متصلا لايقع الايجاب الافى مكان آخر بلا شبهة وقال صدر الشهيد لايصح فى ظاهر الرواية ولوكان المخاطب فى صلاة فريضة ففرغ منها واجاب صح وكذا فى نافلة فضم الى ركعة الايجاب اخرى ثم قبل بخلاف مالو اكملها اربعا ولوكان فى يده كوز فشرب ثم اجاب جاز وكذا لواكل لقمة لايتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولوناما جالسين لايختلف بخلاف مالو ناما مضطجعين اواحدهما واذا كانا قائمين واقفين فسارا اواحدهما بطل الايجاب وكذا ولو لم يقم ولكن يتشاغل فى المجلس بشئ غير البيع بطل الايجاب كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان ما فى الاصلاح من قوله اوقام ايهما لم يقل عن مجلسه لان الايجاب يبطل بمجرد القيام وان لم يذهب عن المجلس لدلالته على الاعراض فيه كلام لوجود دليل الاعراض بدون القيام والمراد بذكر القيام تبدل مجلس الايجاب مطلقا تدبر وفى الجوهرة وان كان قائما فقعد ثم قبل فانه يصح لانه بالقعود لم يكن معرضا وفى القنية رجل فى البيت فقال للذى فى السطح بعته منك بكذا فقال اشتريت صح اذا كان كل واحد منهما يرى صاحبه ولايلتبس الكلام للبعد وكذا اذا تعاقدا وبينهما النهر والسفينة كالبيت (واذا وجد الايجاب والقبول) من المتعاقدين (لزم البيع) وفيه اشارة الى ان البيع يتم بهما ولايحتاج الى القبض ولاالى اجازة البائع بعدهما وهو الصحيح (بلاخيار مجلس) الا من عيب اوعدم رؤية وقال الشافعى لايلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاضرار فى الاسلام وفى اثبات الخيار لاحدهما اضرار للآخر فلايثبت والخيار فيما رواه محمول على خيار القبول وتفرقهما محمول على التفرق بالاقوال بان قال احدهما بعت وقال الآخر لااشترى لما جاء فى رواية عن النبى عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا عن بيعهما وهذا لان الاحوال ثلاثة اقسام لم يوجد فيه ركن ما وهى حالة الهيئة وقسم وجد فيه ركنان وقسم وجد فيه احدهما دون الآخر فنقول هذا الاسم وهو كونهما متبايعين قبل صدور الركنين وبعده بطريق المجاز باعتبار مايؤل فى الاول وباعتبار ماكان فى الثانى وفيما اذا وجد احدهما دون الآخر بطريق الحقيقة فيكون مرادا اويحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان احدهما مراد والآخر محتمل للارادة وتمامه فى العناية فليطالع (ويصح) البيع (فى العوض المشار اليه) مبيعا كان اوثمنا فان كلا منهما عوض عن الآخر والحكم المذكور مشترك بينهما ولذلك قال فى العوض ولم يقل فى الثمن كما فى الاصلاح وقال سعدى افندى وتقرير صدر الشريعة صريح فى ان المراد بالاعواض الاثمان فتأمل فى الترجيح (بلامعرفة قدره ووصفه) لان الاشارة اقوى اسباب التعريف وجهالة القدر والوصف معها لاتفضى الى المنازعة فلا تمنع الجواز لان العوضين حاضران والاموال الربوية مستثناة من هذا الحكم فان بيع الحنطة بجنسها مثلا لايجوز بالاشارة لاحتمال الربوا وكذا السلم فان معرفة قدر رأس المال شرط عند الامام اذا كان فيما يتعلق العقد على مقداره كما سيأتى ان شاء الله تعالى (لا) يصح البيع (فى غيره) اى فى غير المشار اليه بلامعرفة قدره كعشرة ونحوها وصفته ككونه مصريا اودمشقيا لان جهالتهما تفضى الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيعرى العقد عن المقصود وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا فيما يحتاج الى التسليم وفيما لايحتاج اليه كما اذا اقر فلان بمتاع عنده فاشتراه منه ولم يعرفا مقداره جاز كما فى الزاهدى (ويصح) البيع (بثمن حال ومؤجل) لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع (باجل معلوم) معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لانه لو بيع بجنسه وجمعهما قدر لم يجز تأجيله كما فى المنح قيد بمعلوم لان جهالة

الاجل تفضى الى المنازعة فالبايع يطالب فى مدة قريبة والمشترى يأباها فيفسد فان اختلفا
فى الاجل فالقول قول من ينفيه وكذا لو اختلفا فى قدره فالقول لمدعى الاقل والبينة بينة المشترى
فى الوجهين وان اتفقا على قدره واختلفا فى مضيه فالقول للمشترى انه لم يمض والبينة بينته ايضا
كما فى الجوهرة وقيد بالثمن لان المبيع اذا كان عينا لايصح الاجل فان شرط فيه الاجل فالبيع
فاسد لان التأجيل فى الاعيان لا يصح وفى المنح او باع مؤجلا انصرف الى شهر لانه المعهود
فى الشرع فى السلم واليمين فى ليقضين دينه اجلا وفى شرح المجمع لومات البايع لايبطل الاجل
ولومات المشترى حل المال فان فائدة التأجيل ان يتجر فيؤدى الثمن من نماء المال فاذا مات من له الاجل
تعين المتروك لقضاء الدين فلايفيد التأجيل (ولواشترى باجل سنة) غيرمعينة (فمنع البايع المبيع)
ولم يسلمه (حتى مضت) السنة (ثم سلم) المبيع (فله) اى فللمشترى (اجل سنة اخرى) عند الامام
لان التأجيل للتصرف فى المبيع وايفاء الثمن بواسطته وكان الى سنة مجهولا على سنة مبدؤها
قبض المبيع عرفا محصلا لفائدة التأجيل (خلافا لهما) فان عندهما لااجل له بعد سنة لانه اجله
سنة وقد مضت فصار كما لوقال الى رمضان وفى البحر عليه الف ثمن جعله الطالب نجوما ان اخل
بنجم حل الباقى فالامر كما شرطا (وان اطلق الثمن) والمراد من الاطلاق ان يكون مطلقا عن قيد
البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال بعته بعشرة دراهم مثلا (فان استوت
مالية النقود) بان لايكون بعضها افضل من بعض مع تفاوت انواعها (ورواجها صح) البيع
(ولزم ماقدر) من عشرة وغيره (من اى نوع كان) اى من الاحادى اوالثنائى والثلاثى لان الواحد
من النوع الاول والاثنين من الثانى والثالث من الثالث متساويات فى المالية والرواج فالمشترى يعطى
اى نوع يريد اذ لا نزاع عند عدم تفاوت المالية وهو المانع فى الجواز (وان اختلفت رواجا فمن
الاروج) اى اروج النقود فى البلد اذ المتعارف بين الناس المعاملة بالنقد الغالب فالتعيين بالعرف
كالتعيين بالنص فيعتبر مكان العقد فلو باع شيئا من رجل ببصرة بكذا من الدنانير فلم ينقد الثمن
حتى وجد المشترى ببخارى يجب عليه الثمن بعيار بصرة كما فى الخزانة (وان استوى رواجها لاماليتها
بان يكون بعضها افضل من بعض (فسد) البيع للجهالة المفضية الى النزاع (مالم يبين) انه من
اى نوع فاذا بين تندفع الجهالة المانعة من التسليم فيصح فالحاصل المسئلة رباعية لانها اماان
تستوى فى الرواج والمالية معا او تختلف فيهما او تستوى فى احدهما والفساد فى صورة واحدة
وهى الاستواء فى الرواج والاختلاف فى المالية والصحة فى ثلث صور فيما اذا كانت فى الرواج والمالية
مختلفة فينصرف الى الاروج وفيما اذا كانت مختلفة فى الرواج مستوية فى المالية فينصرف الى
الاروج ايضا وفيما اذا استوت فيهما وانما الاختلاف فى الاسم كالمصرى والدمشقى فيخير المشترى
فى دفع ايهما شاء كما فى المنح (ويصح) البيع (فى الطعام) وهو الحنطة ودقيقها وكذا سائر الحبوب
كالعدس والحمص وغيرهما وقال بعض المشايخ مايقع فى العرف على مايمكن اكله من غير ادام
كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه قال صدر الشهيد وعليه الفتوى (وكل مكيل وموزون كيلا)
فى الكيلى (ووزنا) فى الوزنى وماورد الشرع بكيله فهو كيلى ابدا وما ورد بوزنه فهو وزنى ابدا
ومالم يرد فيه شئ يعتبر فيه العرف (وكذا) يصح بيع الكيلى والوزنى (جزافا) وهو البيع بالحدس
والظن بلاكيل ولاوزن (ان بيع بغير جنسه) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا بيع بجنسه مجازفة فانه لايصح لاحتمال الربوا الا اذا كان قليلا
وهو مادون نصف الصاع لعدم المعيار الشرعى وهو نصف الصاع (و) يصح بيع الكيلى (باناء)
معين (او) بيع الوزنى بوزن (حجر معين) كل منهما (لايدرى قدره) اذا لم يحتمل الاناء النقصان
والحجر التفتت كان يكون من خشب اوحديد فان احتملهما لم يجز وكذا اذا باعه بوزن شئ

يخفف اذا جف كالخيار والبطيخ لان الجهالة لاتفضى الى المنازعة لان البيع يوجب التسليم فى الحال وهلاكه قبل التسليم نادر وبه اندفع مارواه حسن من عدم الجواز للجهالة كما فى المنح وغيره لكن التعليل يقتضى البيع حالا فلا يتصور التفتت فى الجفاف فى الحال فينبغى ان يجوز مطلقا سواء احتمل التفتت والجفاف اولا الا فى السلم لان التسليم فيه متأخر الى حلول الاجل فيحتملهما فيحتاج الى ان يحمل عليه تأمل وفى التبيين هذا اذا كان الاناء لاينكبس بالكبس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا فى قرب الماء استحسانا بالتعامل فيه روى ذلك عن ابى يوسف (ومن باع صبرة) وهى بالضم ما جمع من الطعام (كل صاع) بدل من صبرة (بدرهم فقد صح فى صاع) واحد (فقط) عند الامام لان ما سماه وهو الصاع الواحد معلوم القدر والثمن فيجوز البيع به فيه وماوراءه مجهول القدر والثمن فلا يجوز فيه (الا ان يسمى جملتها) اى جملة صيعانها فى العقد بان قال بعتك هذه الصبرة على انها مائة صاع بمائة درهم فيصح فى جملتها لارتفاع الجهالة (وللمشترى الفسخ بالخيار وان) وصلية (كيل) مجهول كال (او سمى) مجهول سمى (جملتها) اى جملة الصيعان (فى المجلس بعد ذلك) اى بعد البيع ظرف لكيل وسمى على طريق التنازع وفى اطلاقه يشعر بان بالخيار ثابت له مطلقا اما فى كيلها او تسميتها فى المجلس فلان الثمن كان مجهول المقدار فى ابتداء بيع الصبرة وكان يحتمل ان يكون الثمن فى ظنه اقل من الذى ظهر فلما انكشف الحال مكيلها او تسميتها ثبت له الخيار واما عدم كيلها وعدم تسميتها فلان الصفقة تفرقت على المشترى لانه اشترى صبرة وانعقد البيع فى قفيز كما فى شرح المجمع (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم لايصح) البيع (فى شئ منها) اى من القطيع عند الامام لانه ينصرف الى الواحد والواحدة منها متفاوتة فلا يصح البيع فى واحد منها بخلاف مسئلة الصبرة (وكذا) لايصح البيع (او باع ثوبا كل ذراع بدرهم) عند الامام لما مر اطلق الثوب تبعا لما فى اكثر المتون وقيده العتابى بثوب يضره التبعيض اما فى الكرباس فينبغى ان يجوز عنده فى ذراع واحد كما فى الطعام لان التبعيض لايضره كما فى الغاية لكن الحكمة تراعى فى الجنس لا فى كل فرد فاذا وجد التفاوت فى جنس الثوب اعتبر الحكم فى الكل تدبر وفى المنح نقلا عن القنية اشترى ذراعا من خشبة اوثوب من جانب معلوم لايجوز واوقطعه وسلمه لم يجز ايضا الا ان يقبل وعن ابى يوسف جوازه وعن محمد فساده ولكن لوقطع وسلم فليس للمشترى الامتناع وعلى هذا او باع غصنا من شجرة من موضع معلوم حتى لواشترى الاوراق باغصانها فكان موضع قطعها معلوما فضى وقتها فليس للمشترى ان يسترد الثمن (وكذا) لايصح (كل معدود متفاوت) كالبقر والابل والعبيد والبطيخ والرمان والسفرجل لما ذكرنا بخلاف المتقارب كالجوز لعدم التفاوت (وعندهما) والائمة الثلثة (يصح فى الكل) اى فى كل المبيع (فى جميع ذلك) المذكور من الصبرة والقطيع والثوب والمعدود المتفاوت لان زوال الجهالة بيدهما فلا تفضى الى المنازعة لانها تزول بالكيل والعد والذرع ومثل ذلك لايعد مانعا ولان قيام طريق المعرفة كقيام حقيقة المعرفة فى حق جواز البيع كما او باع عبدا بوزن هذا الحجر ذهبا اوبهذه الدراهم ولايعلم وزنها واعلم ان المصنف رجح قول الامام لانه قدمه كما هو دأبه لكن ظاهر ما فى الهداية ترجيح قولهما لتأخيره دليلهما كما هو عادته وصرح فى الخلاصة والزاهدى وغيرهما بان الفتوى على قولهما تيسيرا على الناس قال فى البحر وقد وضعت ضابطا فقهيا لم اسبق اليه لكلمة كل بعد تصريحهم بانها لاستغراق افراد مادخلته فى المنكر واجزاؤه فى المعرف وهو ان الافراد ان كانت مما لايعلم نهايتها فان لم تفض الجهالة الى المنازعة فانها تكون على اصلها من الاستغراق كمسئلة التعليق والامر بالدفع عنه والا فان كان لايمكن معرفتها فى المجلس فهى على الواحد اتفاقا كالاجارة والاقرار والكفالة والا فان كانت الافراد متفاوتة لم يصح

فى شئ عنده كبيع قطيع كل شاة بكذا وصح فى الكل عندهما كالصبرة والاصح البيع فى واحد عنده كالصبرة انتهى (وان باع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم) فكيلت (فوجدت اقل) من المائة عشرة مثلا (او اكثر) من المائة فخير ان شاء (اخذ المشترى الاقل) اى التسعين (بحصته) بالكسر اى بنصيبه من المائة واسقط ثمن ما عدم لعدم ضرره من النقصان (او فسخ) البيع ان شاء بالاجماع لعدم رضائه بالاقل (والزائد للبايع) اجماعا لانه فى الكمية المنفصلة قدر واصل فلا يكون للمشترى لان البيع وقع على قدر معين فلا يستحق الزيادة بل القدر المعين ومن هنا ظهر انه ان وجد مائة قفيز يجوز البيع فى الكل بلا خيار لواحد منهما اجماعا وفيه اشارة الى ان التخيير فيما اذا لم يقبض شيئا منه فلو قبض كان بمنزلة الاستحقاق بلا خيار له كما فى الخانية (وفى المذروع) يعنى لو اشترى ثوبا على انه مائة ذراع بمائة درهم فوجد اقل فخير المشترى ان شاء (يأخذ الاقل بكل الثمن) اى بمجموعه لان الاخذ باعطاء جميع الثمن نافع للبايع لاخذه الثمن بلا نقصان مع عدم المنع من جانب الشرع لان الذرع وصف فى المذروع لكونه عبارة عن الطول ففواته لا يوجب سقوط شئ من الثمن المعين (او يفسخ) اى ان شاء يفسخ لعدم انعقاد البيع حقيقة اذا لم يوجد المبيع المعين فيكون اخذه بكل الثمن على وجه التعاطى (والزائد له) اى للمشترى بالثمن بلا زيادة قضاء وليس له ديانة كما فى القهستانى (بلا خيار للبايع) لانه وجد المبيع مع زيادة وهى فى الكمية المتصلة صفة وتبع فلا يقابله شئ من الثمن كما لو باعه على انه معيب فوجده سليما فالبايع لا يخير بل يجبر على التسليم وحاصله ان القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن قدر واصل فالمكيل والموزون لا يتعيبان بالتبعيض ومن حيث الذرع وصف وتبع فالمذروع يتعيب به وفى العناية تفصيل فليراجع (وان سمى لكل ذراع قسطا) من الثمن بان قال بعتك هذا الثوب على انه مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجده المشترى اقل من القدر المسمى (ان شاء اخذ الاقل بحصته) اى بحصة الاقل من الثمن لا بكل الثمن لان الذراع هنا اصل مقصود بقوله كل ذراع بدرهم ونزل كله منزلة ثوب على حدة (وان شاء يتركه) لان المبيع اذا لم يوجد تاما لا يوجد العقد حقيقة فيكون اخذه على وجه التعاطى (وكذا الزائد) اى لو وجد المشترى اكثر من القدر المسمى خير بين ان يأخذ الزيادة بحساب كل ذراع بدرهم لان البايع عنى بقوله كل ذراع بدرهم ان كل واحد من الذرعان المسماة بدرهم واحد الى غايته فلابد من رعاية هذا المعنى وبين ان يفسخ دفعا لضرر التزام الزائد وعن هذا قال (وله) اى للمشترى (الخيار فى الوجهين) اى فى النقصان والزيادة وفيه اشارة بان ثبوت الخيار فيهما يدل على بقاء العقد الاول فيهما الا فى قول للشافعى بطل البيع وفى العناية كلام فليطالع (وصح بيع عشرة اسهم) او اقل او اكثر (من مائة سهم من دار) او غيرها بالاتفاق لان العشرة منها اسم لجزء شايع والسهم ايضا اسم شايع لا لموضع معين وبيع الشايع جائز فيصير من له عشرة اسهم شريكا لمن له تسعون سهما فلا يؤدى الى المنازعة (لا) يصح (بيع عشرة اذرع من مائة ذراع منها) من الدار عند الامام لان المبيع معين قدرا ومجهول محلا لتفاوت جوانب الدار فى القيمة فصار كبيع بيت من بيوت الدار بغير تعين وذكر الخصاف ان الفساد عنده اذا لم يعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها فيجوز عنده والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا (وعندهما يصح البيع (فيهما) اى فى الاسهم والاذرع اذا كانت الدار مائة ذراع لان عشرة اذرع من مائة ذراع منها عشرها كعشرة اسهم من مائة اسهم فتخصيص الجواز باحدهما تحكم (ولو باع عدلا) عدل الشئ بكسر العين مثله من جنسه فى مقداره ومنه عدل الجمل (على انه عشرة اثواب بعشر دراهم او اقل او اكثر (فاذا هو اقل) من المسمى (او اكثر) من المسمى (فسد البيع) فى الصورتين لعدم العلم بثمن المعدود المتفاوت فى الاقل فيؤدى الى النزاع وجهالة المبيع فى الاكثر

لان ما زاد غير معلوم فيما بين الجملة فلا يمكن الرد لوقوع المنازعة والتعارض فيما بينهما فيفسد وفى البحر ولو اشترى ارضا على ان فيها كذا نخلا مثمرا فوجد فيها نخلة لا تثمر فسد وفى التنوير الوباع هذه الا واحدا واستثنى واحدا بغير عينه فانه فاسد ولو بعينه جاز البيع (ولو فصل الثمن) بان قال بعتك هذا العدل على انه عشرة ثوب كل ثوب بدرهم (فكذا) يفسد البيع (فى الازيد) اى فيما اذا كان احد عشر مثلا لان العقد يتناول العشرة فعلى المشترى رد الثوب الزائد وهو مجهول لاحتمال كونه جيدا اورديا ولجهالته يصير المبيع ايضا مجهولا فيفسد (ويصح) البيع (فى الاقل بحصته) يعنى اذا كان تسعة مثلا لان حصة المعدوم معلومة وهو درهم لكل ثوب فتكون حصة الباقى معلومة ايضا (ويخير المشترى) ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه (وان باع ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه) اى الثوب (المشترى بعشرة دراهم (او) كان الثوب (عشرة ونصفا بلا خيار) لحصول النفع الخالص (و) يأخذ الثوب المشترى (بتسعة) دراهم (او) كان الثوب (تسعة ونصفا بخيار) لفوات الوصف المرغوب فيه وهذا عند الامام لان الذرع وصف فى الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وعند ابى يوسف يخير المشترى فى اخذه باحد عشر (فى الاول) اى فيما اذا وجده عشرة ونصفا (و) يخير المشترى باخذ (بعشرة فى الثانى) اى فيما اذا وجده تسعة ونصفا لانه لما افرد كل ذراع ببدله نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص (وعند محمد يخير فى اخذه فى الاول) اى فيما وجده عشرة ونصفا (بعشرة ونصف وفى الثانى) اى فيما وجده تسعة ونصفا (بتسعة ونصف) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدراهم مقابلة نصفه بنصفه قيل هذا فى ثوب يضره القطع واما الكرباس الذى لا يضره القطع ولا يتفاوت جوانبه فلا يطيب للمشترى مازاد على المشروط

﴿فصل﴾ فيما يدخل فى البيع

تبعا بغير تسمية وما لا يدخل والاصل ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا او كان متصلا بالمبيع اتصال قرارا وكان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل فى البيع بلا ذكر صريح ونعنى بالقرار الحال الثانى على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر بالاخرة ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله منه فهو اتصال قرار ثم فرع على هذا الاصل فقال (يدخل البناء والمفاتيح فى بيع الدار بلا ذكر) لان البناء متصل بالارض اتصال قرار فيدخل فى البيع تبعا وكذا مفتاح غلق متصل بباب الدار بخلاف المنفصل وهو القفل فانه ومفتاحه لا يدخلان والبناء فى الاصل بمعنى المبنى ويدخل فيه الباب والسلم ولو من خشب ان كان متصلا به بخلاف المنفصل والسرير كالسلم وفى التبيين ينبغى ان يدخل السلم مطلقا فى عرف اهل مصر لان بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونه وفى المنح ويدخل الحجر الاسفل من الرحى وكذا الاعلى استحسانا اذا كانت مركبة فى الدار لا المنقولة وفى الخانية لو اشترى بيت الرحى بكل حق هو له او بكل قليل او كثير هو فيه ذكر محمد فى الشروط ان له الاعلى والاسفل وكذا لو كان فيه قدر نحاس موصولا بالارض وقيل الاعلى لا يدخل ولا يدخل الاشجار فى صحنها والبستان فيها صغيرا او كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب فى الدار وقيل ان كان اصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان اكبر او مثلها لا وكذا تدخل البئر الكائنة فى الدار والبكرة على البئر ولا يدخل الدلو والحبل المعلقات عليها الا اذا قال بمرافقها وفى التبيين وثياب الغلام والجارية تدخل فى البيع الا ان يكون ثيابا عالية اذ العرف جار على ثياب البذلة ثم البائع بالخيار ان شاء اعطى الذى عليه وان شاء اعطى غيره وخطام البعير والحبل المشدود فى عنق الحمار والعذار والبردعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود على قرن البقر والجل وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والجمل ان ذهب به مع الام الى موضع دخل فيه للعرف والافلا

(وكذا) يدخل (الشجر في بيع الارض) بلا ذكره مثمرة كانت الاشجار اولا على الاصح اذا كانت موضوعة في الارض للقرار فتدخل تبعا صغيرة كانت او كبيرة الا اليابسة فانها على شرف القلع فهي كالحطب الموضوع وقيدنا بكونها موضوعة في الارض لانه لو كانت فيها اشجار صغار تحول في فصل الربيع وتباع فانها ان كانت تقلع من اصلها تدخل في البيع وتكون للمشتري وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبايع الا بالشرط وفي البحر باع ارضا فيها قطن لم يدخل الثمر واما اصله فمنهم من قال لا يدخل على الصحيح واما الكراث وما كان مثله فما كان على ظاهر الارض لا يدخل وما كان مغيبا في الارض من اصوله اختلفوا فيه والصحيح انه يدخل وفي الكرخي والاصل انما كان لقطعه مدة معلومة فهو كالثمر فلا يدخل وما ليس لقطعه مدة معلومة يدخل كالشجر وشجرة الخلاف للمشتري وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع اصله حتى كان شجرا او اصل الآس والزعفران للبايع والقصب في الارض كالثمر واما عروقها فتدخل في البيع وقوائم الخلاف والباذنجان تدخل في البيع ذكره السرخسي والامام الفضلي جعل قوائم الخلاف كالثمر بلغ اولا انقطع اولا وبه يفتى (ولو اطلق شراء شجرة) اي لم يعين بان شراها للقطع او للقرار (دخل مكانها) اي من مكان الشجرة من الارض بمقدار غلظها في البيع (عند محمد وهو المختار) لتضمنه القرار اذ الشجر اسم للمستقر على الارض ولا قرار بدونها فيتقدر بقدرها كما لو اقر بالشجرة لفلان يدخل ارضها وكما لو اقتسموها وقيل يتقدر بقدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام هذا اذا لم يعين قدرا فان عين يدخل المعين (خلافا لابي يوسف) فانه قال دخل عينها لا غير كما في الشراء للقطع اذ الارض اصل والشجر تبع فلو دخل الارض يصير الاصل تبعا قيد بالاطلاق لانه لو اشتراها للقطع لا تدخل الارض اتفاقا وان اشتراها للقرار دخلت ما تحت الشجرة من الارض بقدر غلظها دون ما ينتهي اليه العروق اتفاقا (ولا يدخل الزرع في بيع الارض) بلا ذكر بالاجماع لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع في البيت (ولا) يدخل (الثمر في بيع الشجر الا باشتراطه) اي باشتراط المشتري دخول الزرع في بيع الارض ودخول الثمر في بيع الشجر لقوله عليه الصلاة والسلام من باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع اي يقول المشتري اشتريت بع زرعه او مع ثمره فيدخل والا فلا مطلقا وعند الائمة الثلاثة لو كانت مؤبدة تدخل والا لا (وان) وصلية (ذكر الحقوق والمرافق) لانهما ترجع الى مثل المسيل والشرب والطريق لا الى الزرع والثمر فلو قال بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها لا يدخل وان لم يقل من حقوقها او مرافقها دخل اتفاقا لانه حينئذ يكون من المبيع بخلاف الثمر المجذوذ والزرع المحصود حيث لا يدخل الا بالتنصيص عليه (ويقال للبايع) على تقدير عدم الدخول (اقلعه) اي الزرع (واقطعها) اي الثمر وتأنيث الضمير لما ان الاسم الذي يفرق بينه وبين واحده بالتاء يذكر ويؤنث (وسلم المبيع) فان التسليم لازم عليه وذلك لا يكون الا بالتخلية وعند الائمة الثلاثة للبايع تركها حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع (وكذا لا يدخل) في بيع الارض (حب بذر) ماض مجهول صفة حب (ولم ينبت بعد) او نبت وصار له قيمة وتعرف قيمته بتقوم الارض مبذورة وغيرها فان كانت قيمتها مبذورة اكثر علم انه صار متقوما (وان نبت) البذر (ولم يصر له قيمة) بعد (دخل) في البيع (وقيل لا) يدخل وصرح في التجنيس بان الصواب الدخول كما نص عليه القدوري والاسبيجابي وفصل في الذخيرة في غير النابت بين ما اذا لم يعفن اولا فان عفن فهو للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من اجزاء الارض وفي البحر وصحح في السراج عدم الدخول الا بالذكر وصحح في المحيط دخول الزرع قبل النبات فالحاصل ان المصحح عدم الدخول ولو لم يكن له قيمة الا قبل النبات فالصواب

دخول مالاقيمة له فاختلف الترجيح فيمالاقيمة له وعلى هذا الخلاف الثمر الذى لاقيمة له (ومن باع ثمرة بدا صلاحها اولم يبد) من البد و بالضمين والتشديد الظهور (صح) لانه مال متقوم امالكونه منتفعا به فى الحال اوفى المآل وقيل لايجوز قبل بدو الصلاح وهو قول الائمة الثلثة وانما قيد ببدو صلاحها لان بيعها قبل بدو لايصح اتفاقا وقيل بدو الصلاح بشرط القطع فى المنتفع به صحيح اتفاقا و بعد ماتناهت صحيح اتفاقا اذااطلق وامابشرط الترك ففيه اختلاف سيأتى فصار محل الخلاف البيع بعد الظهور قبل بدو الصلاح مطلقا اى بلاشرط القطع ولابشرط الترك فعند الائمة الثلثة لايجوز وعندنا يجوز ولكن اختلفوا فيما اذا كان غير منتفع به الآن اكلا و علفا للدواب فقيل بعد الجواز ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا والصحيح الجواز كما فى البحر وفى الفتح والحيلة فى جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع الكمثرى اول مايخرج مع الاوراق فيجوز فيها تبعا للاوراق كأنه ورق كله وان كان ينتفع به ولوعلفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب اذاباع بشرط القطع او مطلقا وفى الشمنى وانما الخلاف فى تفسير بدو صلاحها فعندنا على ما فى المبسوط هو ان يأمن العاهة والفساد وعلى مافى الخلاصة عن البحر بدان يكون منتفعا به وعند الشافعى هوظهور النضج ومبادى الحلاوة (ويقطعها المشترى للحال) تفريغا لملك البايع و اجرة القلع على المشترى (وان شرط تركها) اى الثمرة (على الشجر) حتى تدرك (فسد) البيع لانه شرط لايقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير اولانه صفقة فى صفقة لانه اجارة فى بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن اواعارة فى بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن كما فى اكثر المعتبرات قال فى البحر وتعقبهم فى الغاية بانكم قلتم ان كلا من الاجارة والاعارة غير صحيح فكيف يقال انه صفقة فى صفقة وجوابه انه صفقة فاسدة فى صفقة صحيحة ففسدتا جميعا انتهى هذا مسلم ان كانت الاجارة فاسدة وان باطلة فلا لما سيأتى ان اجارة النخيل باطلة والباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لايصلح متضمنا فيلزم فى هذه الصورة ان لاتوجد صفقة فى صفقة فلا يندفع الاشكال تأمل (واو) وصلية اى و لو كان (بعد تناهى عظمها) عند الشيخين وهو القياس لان مازاد وحدث من الترك فى ملك البايع مضمون عند البيع وهو مجهول (خلافا لمحمد) فانه قال لايفسد فى المتناهية استحسانا لانه شرط متعارف وهو قول الائمة الثلثة وفى البحر نقلا عن الاسرار الفتوى على قول محمد و به اخذ الطحاوى وفى المنتقى ضم اليه ابو يوسف وفى التحفة والصحيح قولهما لان التعامل لم يكن بشرط الترك وانما كان بالاذن بالترك من غير شرط (وكذا) يفسد (شراء الزرع) بشرط الترك لما قررنا (وان تركها) اى الثمرة الغير المتناهية على الشجر (باذن البايع بلااشتراط) تركها حالة العقد (طاب له) اى المشترى (الزيادة) الحاصلة فى ذات الثمرة بالترك لانه حصل بطريق مباح (وان تركها) اى الثمرة (بغير اذنه) اى البايع (تصدق بمازاد فى ذاتها) لحصوله بطريق محظور و يعرف مقدار الزائد بالتقويم يوم البيع ويوم الادراك وماتفاوت بينهما يكون زائدا (وان تركها) اى الثمرة (بعد ماتناهت) بغير اذنه الى ان تدرك (لايتصدق) المشترى (بشىء) لان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لايتحقق زيادة فيها وانما هو تغير وصف وهو من اثر الشمس والقمر والكواكب (وان استأجر) المشترى الشجر (بطلت الاجارة) اى لو اشتراها مطلقا عن الترك و القطع ثم استأجر الشجر الى وقت ادراك الثمر بطلت الاجارة (وطابت الزيادة) لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا فتطيب (وان استأجر) المشترى (الارض لترك الزرع) الى ان يستحصد (فسدت) الاجارة لجهالة المدة فقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتأخر اذا طال البرد (ولاتطيب الزيادة) الحاصلة فيها للخبث و الحاصل ان الاذن فى الاجارة الباطلة صار اصلا اذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لايصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا

ولاكذلك فى الفاسدة لان الفاسد ماكان موجودا باصله فائتا بوصفه فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضى فساد مافى الضمن فيفسد الاذن فيتمكن الخبث وفى العناية كلام فليطالع (ولو اثمرت الشجرة ثمرا آخر) بعد شراء الموجود (قبل القبض) بتخلية البايع بين المشترى وبين الثمرة (فسد البيع) ان لم يحل له البايع لتعذر التسليم بسبب الاختلاط وعدم التمييز هذا اذا لم يعرف الحادث بالموجود فان عرف فالعقد صحيح على حاله وكذا اذا احلل له البايع كما فى الكافى (واو) اثمرت الشجرة ثمرا آخر (بعد القبض) اى بعد قبض المشترى المبيع بالتخلية فلا يفسد بالاختلاط ولكنهما (يشتركان) فيه لاختلاط ملك احدهما بالاخر (والقول فى قدر الحادث للمشترى) مع يمينه لكونه فى يده وفى التبيين وكذا فى الباذنجان والبطيخ فحاصله ان لهذه المسئلة ثلث صور احديها اذا اخرج الثمار كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى وثانيها ان لايخرج شئ منه فانه لايجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج بعضها دون بعض فانه لايجوز فى ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الائمة الحلوانى وابو بكر بن الفضل يفتيان به وقال شمس الائمة السرخسى والاصح انه لايجوز وفى البحر وهو ظاهر المذهب لكن فى الفتح فان الناس تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس عن عادتهم حرج وقد رأيت فى هذا رواية عن محمد اوهو فى بيع الورد على الاشجار فان الورد لايخرج جملة ولكن يتلاحق البعض البعض ثم جوز البيع فى الكل بهذا الطريق وهو قول مالك والمخلص ان يشترى اصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ويستأجر مدة معلومة يعلم غاية الادراك والانقضاء الغرض فيها بباقى الثمن وفى ثمار الاشجار يشترى الموجود ويحل له البايع ما يوجد فان خاف ان يرجع يفعل كما قال ابو الليث فى الاذن فى ترك الثمر على الشجر على انه متى رجع عن الاذن كان مأذونا فى الترك باذن جديد فيحل له على مثل هذا الشرط انتهى (ولو باع ثمرة) على شجرة (واستثنى منها) اى من الثمرة المبيعة المجذوذة او غيرها (ارطالا معلومة صح) اى البيع والاستثناء فى ظاهر الرواية وهو مذهب مالك لان المستثنى معلوم بالعبارة والمبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لايمنع الجواز الاترى ان بيعه مجازفة جائز والاصل ان ما جاز بيعه ابتداء يجوز استثناؤه كبيع صبرة الاقفيزا اوقفيز من صبرة بخلاف الحمل واطراف الحيوان حيث لايجوز استثناؤه لانه لايجوز بيعه ابتداء (وقيل لا) يصح وهو رواية الحسن والطحاوى وهو قول الشافعى واحمد لجهالة الباقى وهو اقيس بمذهب الامام فى مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم فى استثناء ارطال معلومة على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة تفضى الى المنازعة مبطلة فليس يلزم ان ما لا يفضى اليها يصح معها بل لابد من عدم الافضاء اليها فى الصحة من كون المبيع على حدود الشرع الاترى ان المتبايعين قد تراضيا على شرط لايقتضيه العقد وعلى البيع باجل مجهول ولايعتبر ذلك مصححا كما فى الفتح وفى المنح وقد يفهم من كلام الزيلعى ان رواية عدم الجواز هى رواية الحسن وحده وليس كذلك بل هى رواية ابى يوسف ايضا عن الامام وتمامه فيه فليطالع ثم محل الاختلاف ما اذا استثنى معينا فان استثنى جزأ كربع وثلث فانه صحيح اتفاقا وكذا لو كان الثمر مجذوذا واستثنى منه ارطالا جاز وقيد بالارطال لانه لو استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لانه استثناء القليل من الكثير بخلاف الارطال لجواز ان لايكون ذلك فيكون استثناء الكل من الكل (ويجوز) بيع (البر) والشعير والعدس حال كونه (فى سنبله ان بيع بغير جنسه) وان بيع بجنسه لايجوز لشبهة الربوا (وكذا) يجوز بيع (الباقلاء) هو بالقصر والتشديد او بالمد والتخفيف الحب المعروف (فى قشره والارز

والسمسم وكذا) يجوز بيع (اللوز والفستق) بضم الفاء والتاء وسكون السين (والجوز فى قشرها الاول) قيد للجميع وانما قيد بالاول وهو الاعلى تنصيصا على موضع الخلاف فان الشافعى لايجوز بيع ذلك كله وله فى بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله وعلى البايع تخليصها وتسليمها الى المشترى هو المختار وفى الكافى وغيره وللشافعى ان البيع مستور بشئ لامنفعة له وصار كتراب الصاغة اى كبيع تراب الفضة بتراب الفضة او بالفضة ولنا انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم مابعد الغاية يخالف ماقبلها فظاهره يقتضى الجواز بعد وجود الغاية وعنده لايجوز حتى يخرج من قشره الاول انتهى لكن الاستدلال بمفهوم الغاية لايجوز عندنا الا ان يقال انه مبنى على الزام الشافعى بمذهبه فى المفهوم وان لم يكن معتبرا عندنا فيكون جوابا الزاميا على مذهبه ويسمى جدلا فعلى هذا يندفع به اعتراض صاحب العناية فلايلزم عليهما ماقال صاحب الدرر تأمل (واجرة الكيل) فى مثل البر للكيال (وعد المبيع) اى اجرة العد فى مثل الغنم للعداد (ووزنه) اى اجرة الوزن فى مثل العسل للوزان (وزرعه) اى اجرة الزرع فى مثل الارض للزراع (على البايع) فيما بيع بشرط الكيل والعد والوزن والزرع لانه من تمام التسليم وتسليم المبيع عليه وكذا ما كان من تمامه قيد بالكيل لان صب الحنطة فى الوعاء على المشترى وكذا اخراج الطعام من السفينة وكذا قطع العنب المشترى جزافا عليه وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها و بين المشترى وكذا قطع الثمر اذا خلى بينها و بين المشترى كما فى البحر وغيره لكن فى الفتح وصبها فى وعاء المشترى على البايع ايضا هو المختار (واجرة نقد الثمن) اى تمييز جيده عن رديه (ووزنه على المشترى) لانه يحتاج فى تسليم الثمن الى تعيين قدره وصفته فتكون مؤنته عليه وكذا مؤنة الجيد عن غيره هو الصحيح كما فى الخلاصة وهو ظاهر الرواية كما فى الخانية وبه يفتى كما فى الزاهدى وغيره الا اذا قبض البايع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة فانه على البايع واما اجرة نقد الدين فانه على المديون الا اذا قبض رب الدين الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين كما فى البحر (وفى بيع سلعة بثمن) اى بدراهم ودنانير (سلم هو اولا) اى سلم الثمن قبل المبيع اذا وقع المنازعة بينهما فى تسليم المبيع والثمن قيل للمشترى ادفع الثمن اولا لان حق المشترى تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البايع بالقبض لما انه يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة فى تعيين حق كل واحد منهما خلافا للشافعى فى قول هذا اذا كان المبيع حاضرا وان غائبا فلا يسلم حتى يحضر البايع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن وفى البزازية باع بشرط ان يدفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لانه لا يقتضيه العقد وقال محمد لايصح لجهالة الاجل (ان لم يكن) البيع (مؤجلا) فانه لو كان مؤجلا لا يمكن التسليم اولا بل يجب تسليم المبيع وان اسقط البايع حقه بالتأجيل فلا يسقط حق المشترى فى قبض المبيع (وفى بيع سلعة بسلعة) هذا بيع المقايضة على مامر (او ثمن بثمن) ويسمى هذا بيع الصرف (سلما معا) تسوية بينهما فى العينية والدينية فلاضرورة فى تقديم احدهما بالدفع لكن لابد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة وفى التجريد تسليم المبيع ان يخلى بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفى الاجناس يعتبر فى صحة التسليم ثلثة معان ان يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشترى على صفة يتأتى فيه النقل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوبرى المتاع لغير البايع لايمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان الامام يقول القبض ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشترى وهو عند البايع قبضته ولو اخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال المشترى تعال معى او امش فخطى معه فهو

قبض وكذا لوارسله في حاجته وفي الثوب ان اخذه بيده او خلا بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البايع المفتاح له وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان لم يقل شيئا لايكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي ان تكون بحال يقدر على اغلاقها والا فهي بعيدة وتمامه في البحر فليطالع وفي التنوير وجد البايع الثمن زيوفا ليس له استرداد السلعة وحبسها به قبض بدل الجياد زيوفا ثم علم بها يردها ويسترد الجياد ان قائمة والا فلا اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد الثمن والبايع اسوة للغرماء ولو لم يقبضه فالبايع احق به اتفاقا

﴿باب الخيارات﴾

وفي المستصفى العلل نوعان عقلية وهي مالايجوز تراخي الحكم عنها كالسواد مع الاسوداد ولذلك قال الشيخ ابو نصر العلة العقلية ما اذا وجد يجب الحكم به وشرعية كالبيت للحج والاوقات للصلاة والبيع للملك وفي مثل هذه العلة يجوز تراخي الحكم عن علته الا انه لايجوز تخلف الحكم عن العلة الا على قول من يجوز تخصيص العلة واعلم ان الموانع انواع مانع يمنع انعقاد العلة كما اذا اضاف البيع الى حر ومانع يمنع تمام العلة كما اذا اضاف الى مال الغير ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب فقدم خيار الشرط على انواعه لهذا وفي البحر والخيارات في البيع لاتنحصر في الثلثة بل هي ثلثة عشر خيارا خيار الشرط خيار الرؤية خيار العيب خيار الغبن خيار الكمية خيار الاستحقاق خيار كشف الحال خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض خيار اجازة عقد الفضولي خيار فوات الوصف المشروط المستحق بالعقد خيار التعيين خيار الخيانة في المرابحة خيار نقد الثمن وعدمه (صح خيار الشرط) اى الاختيار للفسخ او الاجازة بسبب شرطه ولو بعد البيع فالخيار اسم من الاختيار والاضافة من قبيل اضافة الحكم الى علته وسببه وهي بين الفصحاء والفقهاء شايعة فلا حاجة الى ماقيل من انه لو قال صح شرط الخيار لكان اولى لان الموصوف بالصحة شرط الخيار لانفس الخيار تدبر (لكل من العاقدين) اى البايع والمشتري منفردا (ولهما معا) اى صح الخيار للبايع والمشتري جميعا في مبيع او بعضه صرح في السراجية حيث قال اشترى مكيلا او موزونا او عبدا وشرط الخيار في نصفه او ثلثه او ربعه جاز كما في البحر (ثلثة ايام) بالنصب على الظرف او بالرفع على الابتداء والخبر هو الظرف المتقدم ويجوز ان يكون هو مبتدأ على نحو قوله تعالى ومنهم دون ذلك فيكون من قبيل التجاذب كما في القهستاني لكن في الفتح والصواب ان يقدر مدته بثلثة ايام فما دونها (لا اكثر) من ثلثة ايام عند الامام وزفر والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ يغبن في البياعات اذا بايعت فقل لاخلابة ولي الخيار ثلثة ايام وجهه ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم اولا فيكون مفسدا لكنه جوز بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة لامافوقها وفي البحر حين ورد النص به جعلناه داخلا على الحكم مانعا له تقليلا لعمله بقدر الامكان ولم نجعله داخلا على اصل البيع للنهي عن بيع بشرط والبيع الذي شرط فيه الخيار يتصل فيه علة اسما ومعنى لاحكما والخالي عنه علة اسما ومعنى وحكما (الا ان اجاز) اى من له الخيار (في الثلثة) يعني لايجوز الخيار اكثر من ثلثة ايام لكن لو ذكرا اكثر منها واجاز في الثلثة باسقاط خيار الاكثر جاز عند الامام ولا اعتبار لاوله لزوال المفسد قبل تقرره فانقلب صحيحا وقد اختلفوا في صفة العقد فقيل انعقد فاسدا ثم يعود صحيحا بزوال المفسد في ظاهر الرواية وهو قول العراقيين وقيل موقوف على اسقاط الشرط فبمضي جزء من الرابع يفسد فلا ينقلب صحيحا وهو مختار السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ماوراء النهر وعند زفر والشافعي يفسد من اول الامر اذا شرط الزيادة على الثلث

ولو ساعة فلا ينقلب جائزا كالنكاح بغير شهود حيث لا ينقلب صحيحا بالاشهاد (وعندهما يجوز) اكثر من الثلث (ان بين مدة معلومة اى مدة كانت) طويلة او قصيرة لما روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما انه اجاز الخيار الى شهر ولان الخيار شرع للتروى لدفع الغبن وقد تمست الحاجة الى الاكثر فشابه التأجيل فى الثمن قيد بمعلومة لان الخيار اذا كان مجهولا بان قال اشتريت على انى بالخيار اياما او قال مؤبدا فانه غير جائز اتفاقا وفى الخلاصة او اثبت الخيار ولم يذكر وقتا فله الخيار ما دام فى المجلس (وان اشترى) شخص شيئا (على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع صح) البيع استحسانا اذا انقده فى الثلث والقياس وهو قول زفر الائمة الثلثة لا يجوز لانه بيع شرطت فيه الاقالة فهو مفسد ولنا ان ابن عمر رضى الله عنهما باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر عليهم احد من الصحابة رضى الله عنهم ولانه فى معنى شرط الخيار فلا يفسده قيد بقوله الى ثلثة ايام لانه لو لم يبين الوقت اصلا او يذكر وقتا مجهولا فالبيع فاسد اتفاقا (و) ان اشترى على انه ان لم ينقد الثمن (الى اربعة) ايام (لا) يصح البيع عند الامام لان هذا فى معنى الخيار من حيث ان المقصود منها التفكر وشرط فوق الثلثة مفسد فكذا بهذا وعن ابى يوسف روايتان واصحهما انه مع الامام (الا ان ينقد فى الثلثة) اى اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى اربعة او اكثر فنقد فى الثلث جاز بالاجماع كما فى شرط الخيار لزوال المفسد (وعند محمد يجوز الى اربعة) ايام (و اكثر) كما فى خيار الشرط جريا على اصله وابو يوسف كان مع محمد فى هذا الاصل لكن خالفه فى هذه المسئلة عملا بالنهى الوارد عن البيع بشرط الا ان النص ورد فى شرط الخيار فجاز فبقى الحكم فى المسئلة على مقتضى النهى لكن يشكل قول ابى يوسف بتجويز الزيادة على شهرين لعدم الاثر فى الزيادة مع انها تجوز تأمل (وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه) وان قبضه المشترى باذن البايع لان خروجه انما يكون برضاء البايع والخيار ينافيه فيصح تصرف البايع فى المبيع فى مدة الخيار تصرف الملاك من الهبة والعتق والوطئ وغيرها ويصير فسخا للبيع فيخرج الثمن عن ملك المشترى اتفاقا لكنه لا يدخل فى ملك البايع عند الامام وقالا يدخل (فان قبضه) اى المبيع (المشترى) سواء باذن البايع او لا (فهلك) عنده فى مدة الخيار حتى لو هلك عند البايع ينفسخ البيع ولا شئ على المشترى (لزم قيمته) اى قيمة المبيع على المشترى لان خيار البايع لا يسقط عن المبيع الهالك فيقع الهلاك على ملكه فينفسخ البيع لعدم امكان اللزوم اذ لو لزم للزم بعد الهلاك وذا لا يجوز لعدم المحل فكان مضمونا كالمقبوض على سوم الشراء لان بطلان العقد لا يبطل المساومة فوجب الضمان بالقيمة ان قيميا وبالمثل ان مثليا ولم يذكر المثل كما ذكره البعض اكتفاء بذكر الاصل فى الضمان قيدنا فى مدة الخيار لانه لو هلك بعد تمام المدة يجب عليه الثمن لا الضمان لان العقد قد لزم بعد تمامها (وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع اتفاقا للزوم البيع فى جانبه ويمنع خروج الثمن من ملك المشترى بالاتفاق والاصل ان البدل الذى من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه (فان هلك) المبيع (فى يده) اى المشترى (لزم الثمن) لان المبيع اذا قرب من الهلاك يكون معيبا لا يمكن الرد فيلزم العقد الموجب الثمن المسمى خلافا للشافعى فان عنده يجب القيمة (وكذا) لزم الثمن (لو تعيب) فى يد المشترى اطلقه فشمل ما اذا عيبه او اجنبى المشترى او تعيب بآفة سماوية ولكن باقيا على اطلاقه وانما المراد عيب يلزم ولا يرتفع كما اذا قطعت يده واما جواز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره ان زال المرض فى الايام الثلثة واما اذا مضت والعيب قائم لزم البيع لتعذر الرد كما فى البحر وغيره وانما لم يقل عيبا لا يرتفع كما قال بعض الفضلاء لانه اذ كان العيب نظير الهلاك يفهم ان يكون العيب مما لا يرتفع كما لا يرتفع الهلاك لان الكلام فيما لا يمكن رده على وجه قبضه او لا تأمل (الا انه) اى المبيع اذا خرج عن ملك البايع فيما اذا شرط الخيار للمشترى (لا يدخل) فى ملك المشترى عند الامام كيلا يجتمع البدل والمبدل منه

فى ملك شخص واحد (خلافا لهما) فان عندهما يدخل وهو قول الائمة الثلثة لانه لما خرج المبيع
عن ملك البايع وجب ان يدخل فى ملك المشترى كيلا يصير سائبة بغير مالك قيده بكون المبيع فى يد
المشترى لانه لو هلك قبل القبض فلا شئ عليه اتفاقا ولم يذكر حكم ما اذا كان الخيار لهما ففى اكثر
المعتبرات لايخرج شئ من المبيع والثمن من ملك البايع والمشترى اتفاقا (فلو اشترى زوجته بالخيار) هذا
تفريع لما قبله (لايفسد النكاح) عند الامام لانه لايملكها باعتبار الخيار و يفسد عندهما لانه يملكها
(وان وطئها) اى الزوجة المشتراة بالخيار (فله) اى للزوج المشترى (ردها) عند الامام (لانه) اى
الوطئ (بالنكاح) اى بحكم ملك النكاح لبقائه لابحكم ملك اليمين لعدمه وعندهما ليس له ان يردها
مطلقا (الا فى البكر) فانها لاترد اتفاقا لان الوطئ ينقصها عنده وعندهما للوطئ بملك اليمين
وظاهره انه لو نقصها وهى ثيب فالحكم كذلك كما فى البحر (ولو ولدت) تلك المشتراة او حبلت
منه (فى مدته) اى فى مدة الخيار بالنكاح (لاتصير) تلك المشتراة (ام ولده) اى الزوج المشترى
عند الامام خلافا لهما فان عندهما تصير ام ولد له لو ادعى الولد لانه ولد والفراش ضعيف كما فى
الاصلاح لكن الكلام فى الحامل من المشترى بالنكاح فلا حاجة الى قيد الدعوة تدبر ومحله ما اذا
كان قبل القبض اما بعده سقط الخيار اتفاقا وتصير ام ولد للمشترى لانها تعيب عنده بالولادة
فعلى هذا لو قال ولو ولدت فى مدته بالنكاح قبل القبض كما فى اكثر المعتبرات لكان اولى تدبر (ولو اشترى
قريبه) اراد به ذا رحم محرم منه (به) اى بالخيار (او) اشترى (عبدا) او امة (بعد قوله ان ملكت
عبدا) او امة (فهو حر لايعتقان) عند الامام لعدم الدخول خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت
لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فسقط الخيار فيعتق عندهم جميعا (ولا بعد حيض) الجارية
(المشتراة به) اى بالخيار اذا حاضت (فى مدته) اى مدة الخيار (من الاستبراء) عند الامام خلافا لهما
(ولا استبراء على البايع ان ردت) الجارية (به) اى بالخيار عند الامام سواء كان قبل القبض
او بعده لانه لم يدخل فى ملك غيره وعندهما ان كان الرد قبل القبض لايجب على البايع الاستبراء استحسانا
والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب قياسا واستحسانا واجمعوا فى البيع البات
يفسخ باقالة وغيرها ان الاستبراء واجب على البايع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده
قياسا واستحسانا كما فى العناية (ولو قبض المشترى به) اى بالخيار (المبيع باذن البايع ثم اودعه) اى
اودع المشترى المبيع (عنده) اى البايع (فهلك) فى يد البايع فى المدة او بعدها (فهو على البايع)
عند الامام ولا شئ على المشترى (لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك) فلا يثبت الايداع بل يصير رده
لرفع القبض فيقع الهلاك قبل قبض المشترى وهو يبطل البيع وعندهما يهلك على المشترى ويلزمه
الثمن لانه ملكه فصار مودعا ملك نفسه فهلاكه فى يد المودع كهلاكه فى يده هذا لو كان الخيار للمشترى
ولو للبايع فسلم المبيع الى المشترى فاودعه البايع بطل البيع عند الكل ولو كان البيع باتا فقبض باذن البايع
فهلك عنده بطل البيع عند الكل ولو كان البيع باتا فقبض المبيع باذن البايع او بغير اذنه ثم اودعه
البايع فهلك كان على المشترى اتفاقا لصحة الايداع كما فى البحر (ولو اشترى) العبد (المأذون شيئا به)
اى بالخيار (فابرأه بايعه عن ثمنه) فى المدة (يبقى خياره) عند الامام لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا
عن التملك (وله) اى للمأذون (الرد) بالخيار (لانه) اى المأذون (يلى عدم التملك) كما لو وهبت له
هبة فامتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه ملكه فكان الرد والفسخ منه تمليكا من البايع
بلا بدل وهو تبرع والمأذون لايملكه وهذا يقتضى صحة الابراء لكن لايصح عند ابى يوسف قياسا
ويصح عند محمد استحسانا (ولو اشترى ذمى من ذمى خمرا به) اى بالخيار (واسلم فى مدته بطل
شراؤه) عند الامام (كيلا يتملكها) اى الخمر (مسلما بالاجازة) وعندهما بطل الخيار لانه
ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم هذا فى اسلام المشترى اما لو اسلم البايع فلا يبطل بالاجماع وصار

المشترى على حاله (خلافا لهما في الجميع) اى جميع المسائل المذكورة من قوله فلو اشترى الى هنا
وقد ذكر قولهما ووجههما عقيب كل مسئلة وقد زاد بعض الشارحين على ما ذكره مسائل
منها ما اذا تخمر العصير في بيع مسلم في مدته فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه وعندهما يتم لعجزه
عن رده ومنها او اشترى دارا على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال
السرخسي لايكون اختيارا وهو كابتداء السكنى وقال خواهرزاده استدامتها اختيار عندهما
لملك العين وعنده لبس باختيار ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم احرم والظبي في يده
فينتقض عنده ويرد الى البايع وعندهما يلزم المشترى ولو كان الخيار للبايع ينتقض بالاجماع ولو
كان للمشترى فاحرم للمشترى ان يرده ومنها اذا كان الخيار للمشترى وفسخ العقد فالزوائد ترد على
البايع عنده لانها تحدث على ملك المشترى وعندهما للمشترى لانها حدثت على ملكه كما في البحر
(ومن له الخيار) سواء كان بايعا او مشتريا او اجنبيا فله ان يفسخه وله ان يجيزه واذا اراد الاجازة (يجيز)
البيع (بحضرة صاحبه وغيبته) في مدته بالقول او الفعل وان لم يعلم صاحبه بالاتفاق لكونه راضيا
وقت اثبات الخيار له (ولا يفسخ) البيع في مدته (الا بحضرته) والمراد بالحضرة علم صاحبه او علم
من يقوم مقامه عند الطرفين لان الفسخ تصرف في حق صاحبه وذا لا يجوز بدون علمه كالموكل
اذا عزل الوكيل لايثبت حكم عزله في حقه ما لم يعلم فالخيار باق على حاله (خلافا لابي يوسف)
وهو قول زفر والائمة الثلثة فانهم يقولون يفسخ بغيبته ايضا لانه مسلط على الفسخ من طرف
صاحبه فلا يتوقف على علمه ولذا لا يشترط رضاؤه فصار كالوكيل بالبيع هذا اذا كان الفسخ
بالقول ولو كان بالفعل كالاعتاق والبيع والوطى يجوز بلا علمه بالاتفاق لانه حكمى ولا يشترط العلم
في الحكمى وذكر الكرخي ان خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه
بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضاء (فان فسخ) من له الخيار بغيبة صاحبه (وعلم به) الاخر (في المدة
انفسخ) البيع لحصول العلم به (والا) اى وان لم يعلم به الاخر في المدة بل علم بعد مضى المدة (تم العقد)
لوجود الرضاء (دلالة) حيث لم يتم الفسخ لا يقال ان في شرط العلم ضررا لمن له الخيار اذ يجوز
ان يختفى صاحبه فلا يصل اليه الخبر في مدته لانا نقول يمكن تداركه بان اخذ منه كفيلا يحضره
في المدة او وكيلا يثق به حتى اذا بدا له الفسخ رده عليه وقال بعضهم او رفع الامر الى الحاكم فنصب
من يخاصم عنه صح الرد عليه (ويتم العقد ايضا بموت من له الخيار) ولا ينتقل الى الورثة وقال
الشافعي يورث عنه لانه حق لازم له في البيع فيجرى فيه الارث كخيار العيب وبه قال مالك ولنا
ان الغرض منه التأمل لغرض نفسه وقد بطلت اهلية التأمل بخلاف خيار العيب لان المورث
استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره كذا قالوا اذا علمت هذا ظهر ان خيار التغرير
وهو ما اذا غر البايع المشترى او بالعكس ووقع البيع بينهما بغبن فاحش لا يورث لانه مجرد حق
ثبت للبايع او للمشترى كما في خيار الشرط كما في المنح وقيد بموت من له الخيار لان الخيار لا يبطل بموت
من عليه الخيار اتفاقا (وكذا) يتم العقد ويبطل الخيار (بمضى المدة) فان اغمى عليه او جن او نام
او سكر بحيث لا يعلم حتى مضت المدة الصحيح انه يسقط الخيار كما في الاختيار خلافا لمالك (ويتم)
بالاخذ (بشفعة بسبب المبيع) بشرط الخيار يعنى لو اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى
بجنبها في مدته وطلبها بطريق الشفعة فهذا الطلب رضاء بملك الدار الاولى لان طلب الشفعة
بها يقتضى ابطال الخيار واجازة الشراء سابقا اذ الشفعة لا تصير الا بالملك وقيدنا بشرط الخيار
لان طلبها لا يسقط خيار الرؤية والعيب ولو قال وبالطلب بشفعة لكان اولى لان طلبها مسقط
وان لم يأخذها كما في المعراج فلهذا قلنا في تصويرها وطلبها بطريق الشفعة تدبر (ويتم بكل
ما يدل على الرضى) من قبيل عطف العام على الخاص (كالركوب لغير الاختيار) اى الامتحان

فلو ركب دابة لينظر الى سيرها لايدل على رضاه كما لو ركبها ليردها او ليسقيها او ليعلفها وفيه اشعار بانه لو استخدم الجارية مرة للامتحان ثم اخرى فان كان من نوع واحد فهو رضى والا فلا وكذا اذا لبسه مرة كما فى اكثر الكتب فعلى هذا يكون فى عموم قوله لغير الاختيار نظر كما فى الفرائد لكن يمكن ان يقال انه اعم من الاختيار او مما فى حكمه فيندفع به النظر تدبر (والوطئ) والتقبيل واللمس بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة (والاعتاق وتوابعه) اى توابع الاعتاق كالتدبير والكتابة وكذا كل تصرف لاينفذ الا فى الملك كالبيع والاجارة والاسكان والمرمة والبناء والتجصيص والهدم ورعى الماشية وحلب البقرة ومعالجة الدابة وكرى الانهار لان هذه التصرفات دليل الملك هذا كله اذا كان الخيار للمشترى ووجد منه شئ من هذه الاشياء وان كان الخيار للبايع وفعل هذه الاشياء انفسخ البيع (وان شرط المشترى الخيار لغيره) عاقدا او غيره لعموم الغير (جاز) الشرط عندنا ويثبت لهما الخيار والقياس ان لايجوز وهو قول زفر لانه موجب العقد فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كالثمن وجه الاستحسان انه يثبت له ابتداء ثم للغير نيابة تصحيحا لتصرفه والتقييد بالمشترى اتفاقى لان البايع لو شرط الخيار جاز ايضا كما فى اكثر الكتب فعلى هذا لو قال وان شرط احد المتعاقدين الخيار لاجنبى لكان اولى ليشمل البائع والمشترى ويخرج اشتراط احدهما للاخر فان قوله لغيره صادق بالبايع وليس بمراد كما فى البحر وفى النوازل لو شرط الخيار لجيرانه ان عد اسماءهم جاز والا فلا (وايهما) اى اى من المشترى والغير او البايع (اجاز البيع او فسخ) البيع (صح) لان كلا منهما يملك التصرف اصالة او نيابة (وان اجاز) البيع (واخذ) ممن شرط الخيار له من المتعاقدين والاجنبى (وفسخ الاخر) البيع (اعتبر السابق) ردا كان او اجازة لوجوده فى زمان لايزاحمه فيه احد وتصرف الاخر بعده لغو (وان كانا) اى اللفظان وهما الاجازة والفسخ (معا) اى مجتمعين بان اجاز واحد وفسخ الاخر وخرج الكلامان معا (فالفسخ) اى فالمعتبر الفسخ فى رواية لان الخيار شرع للفسخ فهو تصرف فيما شرع لاجله وكان اولى كما فى الاختيار وصححه قاضيخان وقال الزيلعى وهو الاصح وبه جزم المصنف وكثير من المتون فكان هو المذهب وقيل يرجح تصرف العاقد نقضا او اجازة لان الصادر عن نيابة لايصلح معارضا للصادر عن اصالة وفى البحر لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ انفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز (فلو باع) شخص (عبدين) معينين بالقابل والمقبول على انه (الخيار فى احدهما) اى فى احد العبدين ثلثة ايام (فان عينه) اى عين محل الخيار بان قال على انى بالخيار فى القابل مثلا (وفصل ثمن كل) واحد منهما بان قال القابل بالف والمقبول بالف (صح) البيع لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد فكان الداخل فيه غيره فالم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لايجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسد للبيع ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين (والا) اى وان لم يفصل الثمن ولم يعين محل الخيار او ان يفصله ولم يعينه او ان لايفصله ويعينه (فلا) يصح البيع لجهالة الثمن والمبيع او احدهما فهذه اربعة انواع واما بيع عبد على انه بالخيار فى نصفه فجائز بلا تفصيل لان النصف من الواحد لايتفاوت وكذا الحكم فى بيع شئ من الكيلى او الوزنى بالخيار فى نصفه لان ثمن الكل اذا كان معلوما يصير نصف الثمن معلوما والشيوع لايمنع الصحة والجواز ولا فرق بين ان يكون الخيار للبايع او للمشترى كما فى العينى (ويجوز خيار التعيين) للمشترى (وهو بيع احد الشيئين او ثلثة اشياء (على ان يأخذ المشترى ايها شاء) من الاثنين او الثلثة والقياس الفساد لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعى وجه الاستحسان انه فى معنى شرط الخيار لاحتياج الناس الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولايمكنه البايع من الحمل اليه الا فى البيع فكان فى معنى ما ورد به الشرع والجهالة لاتوجب الفساد بعينها بل لافضائها الى المنازعة ولا منازعة فى الثلث

لتعين من له الخيار (ولا يجوز فى اكثر من ثلثة) اشياء لعدم الحاجة اليها لاشتمال الثلثة على الجيد والردى والوسط فمافوقها باق على القياس لان ثبوت الرخصة بالحاجة والحاجة تندفع بالثلث وفى البحر يجوز خيار التعيين فى جانب البايع كما يجوز فى جانب المشترى (ويتقيد تخيره بمدة خيار الشرط على الاختلاف) بين الامام وصاحبيه يعنى بثلثة ايام عنده وبمدة معلومة عندهما ثم قيل يشترط ان يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير قال شمس الائمة هو الصحيح وقيل لا يشترط كما يشعر به كلام المصنف وهو المذكور فى الجامع الكبير والمبسوط قالوا ووضعها فى الجامع الصغير مع خيار الشرط اتفاقا لا لانه شرط قال فخر الاسلام وهو الصحيح (والمبيع واحد) من الشيئين او الثلثة فى هذه الصورة (والباقى امانة) فى يد المشترى ثم فرعه فقال (فلو قبض) المشترى لانه لو لم يقبضه فهلك بطل البيع (الكل فهلك) فى يده (واحد او تعيب) فى يده واحد (لزم البيع) بالثمن (فيه) اى فى الهالك او المتعيب لامتناع الرد بالهلاك او بسبب العيب الذى حدث فيه عنده (وتعين الباقى للامانة) فى يده لان الداخل تحت العقد احدهما والذى لم يدخل فى العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة وكان امانة فى يده فيرده (وان هلك الكل) فى يده (لزمه) اى المشترى (نصف ثمن كل) ان كان شيئين (او ثلثه) ان كان ثلثة لشيوع البيع والامانة مع عدم الاولوية ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا لو كان الهلاك على التعاقب ولم يدر الاول بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله ان يرد احدهما لان المعيب محل لابتداء البيع وكذا التعيين بخلاف الهالك فانه ليس محلا لابتدائه فليس لتعيينه ولكن ليس له ان يردهما وان كان فيه خيار الشرط لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط كما فى المنح (وليس له) اى للمشترى بخيار التعيين (رد الكل) للزوم البيع فى احدهما (الا ان ضم اليه) اى الى خيار التعيين (خيار الشرط) فحينئذ له رد الكل فى مدته لانه امين فى احدهما فيرده بحكم الامانة وفى الاخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقى له خيار التعيين فيرد احدهما (ويورث خيار التعيين) يعنى لو مات من له خيار التعيين فللوارث رد احدهما لان المورث كان مخصوصا بتعيين ملكه المخلوط برضاء صاحبه فكذا وارثه حيث انتقل الملك اليه مخلوطا بملك الغير (و) يورث خيار (العيب) لان المورث استحق المبيع غير معيب فكذا الوارث فله رده ان كان معيبا وهذا معنى الارث فيهما فلا ينافى ما قيل انهما لا يورثان اى بنفسهما كيف والارث فيما يقبل الانتقال (لا) يورث خيار (الشرط) وخيار الرؤية لانهما يثبتان للعاقد بالنص والوارث ليس بعاقد وقال الشافعى يورث خيار الشرط لان الوارث ورث الملك على وجه التوقف كما كان فله خيار الشرط والانسب ذكر مسئلة الارث وعدمه فى آخر الخيارات كما لا يخفى تدبر (ولو اشتريا) اى الرجلان شيئا (على انهما بالخيار فرضى احدهما) بالبيع بان اسقط خياره (لا يرد الآخر) عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا له ان يرده وهو قول الائمة الثلثة لانه لو لم يملك فسخه كان الزاما عليه لا برضاه وفيه ابطال لما ثبت من حقه لان كلا من الاجازة والفسخ حقه وله ان رد احدهما دون الآخر يوجب عيبا فى المبيع لم يكن عند البايع اعنى عيب الشركة وخصه فى البحر بما اذا كان بعد القبض اما قبله فليس له الرد يعنى اتفاقا فان قلت بيعه منهما رضاء منه بعيب التبعيض قلت اجيب بانه ان سلم فهو رضى به فى ملكهما لا فى ملك نفسه كما فى المنح قيد بالمشتريين لان البايع لو كان اثنين والمشترى واحدا وفى البيع خيار شرط او عيب فرد المشترى نصيب احدهما دون الآخر بحكم الخيار جاز اتفاقا كما فى شرح المجمع (وعلى هذا) الخلاف (خيار العيب) يعنى لو اشترياه فرضى احدهما بعيب فيه لا الآخر (و) خيار (الرؤية) يعنى لو اشترياه شيئا لم يرياه ثم رآه احدهما ورضى

لاالآخر قال فى المنح و يلزم البيع اواشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على ان الخيار للبايعين
فرضى احدهما دون الآخر فليس لاحدهما الانفراد اجازة اوردا هذا عند الامام كما فى الخانية
(واواشترى عبدا على انه خباز) وفى المعراج قوله على انه خبازاى عبد حرفته هذا لانه لو فعل
هذاالفعل احيانا لايسمى خبازا (اوكاتب فظهر) العبد (بخلافه) اى بخلاف ماذكره بان كان
غيرخباز او غيركاتب (اخذه) اى المشترى (بكل الثمن) المسمى انشاء لان الوصف لايقابله
شئ من الثمن كما اذا اشترى دارا اوارضا على ان فيها كذا وكذا بيتا اونخلة فوجدها ناقصة جاز
البيع وله الخيار (اوترك) ان امكن وهو قول الشافعى لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق
بالشرط و يثبت بفواته الخيار للمشترى لانه لم يرض بالعبد دونه وهذا الاختلاف اختلاف نوع لا اختلاف
جنس لقلة التفاوت فلايفسد العقد بعدمه بخلاف شرائه شاة على انها حامل اوتحلب كذا رطلا
اوعبد يكتب كذا وكذا حيث يفسد البيع فى ظاهر الرواية لان هذا شرط مجهول لاوصف مرغوب
حتى لوشرط انها حلوب اولبون لايفسد لانه يذكر على سبيل الوصف دون الشرط كما اذا اشترى
فرسا على انه هملاج اوكلبا على انه صيود اواشترى جارية على انها ذات لبن وهو رواية عن الامام
وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد وعليه الفتوى قيدنا بان امكن لانه تعذر الرد بسبب من
الاسباب رجع المشترى على البايع بالنقصان فى ظاهر الرواية وهو الاصح وفى المنح او قال احد
المتبايعين شرطنا الخيار وانكر الآخر فالقول قوله كما فى دعوى الاجل والمضى فان القول للمنكر
اشترى جارية بالخيار فرد غيرها بدلها قائلا بانها المشتراة فتنازع البايع والمشترى فقال البايع غيرت
والمبيعة ليست كذلك وانكر المشترى التغيير وليس للبايع بينة فالقول للمشترى مع اليمين وجاز
للبايع وطئها واوقال البايع عند رده كان يحسن ذلك لكنه نسى عندك فالقول للمشترى واواشتراه
من غير اشتراط كتبه وخبزه وكان يحسن ذلك فنسيه فى يد البايع رده عليه

﴿فصل﴾

فى خيار الرؤية (من اشترى مالم يره جاز) اى صح البيع عندنا وعند الشافعى فى القول الجديد
لايصح وفى الكفاية الخلاف فيما اذا كان المبيع قائما بين يديهما موجودا كما اذا اشترى زيتا فى زق
او برا فى جوالق اوثوبا فى كم اوشيئا مسمى موصوفا اومشارا اليه اوالى مكانه وليس فيه غيره بذلك
الاسم حتى لولم يكن كذلك ولم يشر اليه او الى مكانه لايصح البيع اتفاقا وضع الخلاف فى البيع
اذ لاخيار فى الثمن الدين واما الثمن العين ففيه الخيار عندنا لانه بمنزلة البيع له ان المبيع مجهول الوصف
وجهالته تمنع الجواز ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه وفى البحر
واراد بمالم يره مالم يره وقت العقد ولاقبله والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت
الرؤية من افراد المعنى المجازى ليشمل مااذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤية
فوجده متغيرا وما اشتراه الاعمى وفى القنية اشترى مايذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره (وله)
اى للمشترى (رده) اى الشئ الذى اشتراه ولم يره (اذا رآه مالم يوجد) من المشترى (مايبطله)
اى الخيار وفى البحر اختلفوا هل هو مطلق اوموقت فقيل موقت بوقت امكان الفسخ بعدها حتى
لوتمكن منه ولم يفسخ سقط خياره وان لم توجد الاجازة صريحا ولادلالة وقيل يثبت الخيار له مطلقا
فيكون له الفسخ فى جميع عمره مالم يسقط بالقول او بفعل مايدل على الرضى وهو الصحيح لاطلاق
النص والعبرة لعين النص لالمعناه (وان) وصلية (رضى قبلها) اى له الرد اذا رآه وان قال قبل
الرؤية رضيت لانه خيار ثبت شرعا فلايسقط باسقاطهما بخلاف خيار الشرط والعيب وفى شرح
المجمع ثم ان اجازه بالقول قبل الرؤية لايزول خياره لانه ثبت عند الرؤية فلايبطل قبل وقتها وان اجازه
بالفعل بان تصرف فيه يزول كما سيجئ واما الفسخ بالقول فجائز قبل الرؤية لعدم لزوم العقد لان اللزوم
يفيد تمام الرضى وتمامه بالعلم باوصاف مقصودة وهو غير حاصل قبل الرؤية (ولاخيار لمن باع مالم يره)

﴿لان﴾

لان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم اثبت الخيار في الشراء لا في البيع. والقضاء جبير بن مطعم بحضر من الاصحاب في الشراء لا في البيع وهو قول الامام آخر ارجع اليه وفي قوله الاول له الخيار اعتبارا بالمشتري كخيار العيب والشرط (ويبطل) من الابطال (خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط) من صريح ودلالة وضرورة فانه لا امتحان لا يبطلها ان لم يكرر كما في اكثر المعتبرات لكن فيه كلام لانه قد يحتاج الى التكرار اذا لم يعلم بالمرة الاولى تدبر (من تعيب وتعيب في يده) قبل الرؤية بعيب لا يرتفع كقطع اليد لانه اخذه سليما فيمتنع ان يرده معيبا (وتعذر) مصدر مضاف معطوف على قوله تعيب (رد بعضه) بسبب هلاك بعضه لانه او رد بعضه الباقي لزم تفريق الصفقة (وتصرف) من المشتري (لا يفسخ) صفة تصرف (كالاعتاق وتوابعه) من التدبير والاستيلاد (او) تصرف من المشتري (يوجب حقا للغير كالبيع المطلق) اى كالبيع بغير قيد الخيار (والرهن والاجارة) والهبة بتسليم (قبل الرؤية وبعدها) لان هذه الحقوق تمنع الفسخ فيلزم البيع ببطلان الخيار فمعنى البطلان قبل الرؤية خروجه عن صلاحية ان يثبت له الخيار عند الرؤية (وما) اى التصرف الذي (يوجب حقا للغير كالبيع بالخيار والمساومة) اى العرض على البيع (والهبة بلا تسليم يبطل) خيار الرؤية (بعدها) اى بعد الرؤية (لا قبلها) لان هذه التصرفات لا تزيد على صريح الرضى فانه لا يبطل قبلها بل بعدها وهنا لا يوجد الا الدلالة على الرضى المجرد بخلاف الافعال السابقة فان فيها توجد مع الرضى حقوق زائدة فيبطل بعدها وقبلها ثم اعلم ان قوله يبطل خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط غير منعكس فلا يقال ما لا يبطل خيار الشرط لا يبطل خيار الرؤية لانتقاضه بالقبض بعد الرؤية لانتقاضه بالقبض بعد الرؤية والعيب لا الشرط وهلاك بعض المبيع لا يبطل خيار الشرط والعيب ويبطل خيار الرؤية واورد صاحب البحر على الكنز والهداية في هذا المحل فليطالع (وكفت رؤية وجه الرقيق) في سقوط الخيار سواء كان امة او عبدا لان المقصود في الرقيق وجهه لان سائر الاعضاء فيه تبع لوجهه لان القيمة فيه تتفاوت بتفاوته مع التساوي في سائر الاعضاء (و) رؤية (وجه الدابة وكفلها) اى لا يسقط الخيار برؤية وجهها حتى ينظر الى كفلها لانه موضع مقصود منه كالوجه هو الصحيح كما في المحيط واكتفى محمد بالنظر الى وجهها اعتبارا بالادمي وشرط بعض العلماء رؤية القوائم وعن الامام في البرذون والبغل والحمار يكفي ان يرى شيئا منه الا الحافر والذنب والناصية كما في البحر (وفي شاة اللحم) اى الشاة التي لحمها مقصود (لا بد من الجس) وهو اللمس باليد لانه يعرف به اللحم المقصود (وفي شاة القنية) هي التي تحبس لاجل النتاج (لا بد من رؤية الضرع) لانه هو المقصود منها وفي الجوهرة ولو اشترى بقرة حلوبا فرأى كلها ولم ير ضرعها فله الخيار لان الضرع هو المقصود لكن في البحر لا بد من النظر الى ضرعها وسائر جسدها فليحفظ فان في بعض العبارات ما يوهم الاقتصار على رؤية ضرعها انتهى فعلى هذا لو قال لا بد من رؤية الضرع مع جميع جسدها كما في الاختيار لكان اولى تدبر (ورؤية ظاهر الثوب ان لم يكن معلما كافية) لان برؤية ظاهره يعلم حال البقية اذ لا تتفاوت اطراف الثوب الواحد الا يسيرا (ورؤية علمه) كافية (ان) كان (معلما) لان ماليته تتفاوت بحسب علمه اطلق في هذا لكن في المحيط مقيدا بما اذا كان مطلوبا هذا اذا لم يخالف باطن الثوب ظاهره واما اذا اختلفا فلا بد من رؤية الباطن قيل هذا في عرفهم اما في عرفنا فما لم ير الباطن لا يسقط خياره لانه لبس بمثلي فلا يعرف كله بدون نشره ولا بد منه وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر وهو المختار كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغي للمصنف ان يذكر قول زفر ويرجحه تأمل (ورؤية داخل الدار) كافية (وان) وصلية (لم يشاهد بيوتها) عند ائمتنا الثلثة (وعند زفر لا بد من مشاهدة البيوت وعليه) اى على قول زفر (الفتوى اليوم) قال في التبيين وغيره وفي عامة

الروايات اذا رأى صحن الدار او خارجها يسقط خياره لكن هذا مبنى على عادة اهل الكوفة فى ذلك الزمان فان دورهم كانت على نمط واحد لاتختلف وذلك يظهر برؤية خارجها واما فى زماننا اليوم فلا بد من النظر الى داخلها لتفاوت بيوتها ومرافقها قال بعض مشايخنا تعتبر رؤية ما هو المقصود فى الدور حتى لو كان فى الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان فتشترط رؤية الكل مع رؤية الصحن فلا تشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا فى بلد يكون مقصودا وبعضهم اشترطوا رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعى وهو المعتبر فى ديارنا وفى الخزانة ان الفتوى فى بيت الغلة على انه تكفى رؤية خارجه لانه غير متفاوت وتكفى فى البستان رؤية خارجه ورؤس اشجاره فى ظاهر الرواية لكن فى البحر قالوا لابد فى البستان من رؤية ظاهره و باطنه وفى الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا وفى الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا فى زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لاتكفى حتى يصبه فى كفه عند الامام لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وكذا لو اشترى سمكا فى ماء يمكن اخذه من غير اصطياد فرآه فى الماء فرؤيته لاتكفى على الصحيح (وان رأى بعض المبيع فله الخيار اذا رأى باقيه) لانه لو لزمه يكون الزاما للبيع فيما لم يره وانه خلاف النص وكذا الاجازة فى البعض لايكون اجازة فى الكل لانه لاتصح الاجازة فى البعض ورد الباقى كما فى الاختيار (وما يعرض بالنموذج كالمكيل والموزون فرؤية بعضه كرؤية كله) وفى الاختيار والاصل اذا كان المبيع اشياء ان كان من العدديات المتفاوتة كالثياب والدواب والبطيخ ونحوها لايسقط الخيار الا برؤية الكل لانها تتفاوت وان كان مكيلا او موزونا وهو الذى يعرف بالنموذج او معدودا متقاربا كالجوز فرؤية بعضه يبطل الخيار فى كله لان المقصود معرفة الصفة وقد حصلت وعليه التعارف الا ان يجده اردى من النموذج فيكون له الخيار وان كان المبيع مغيبا تحت الارض كالبصل و الثوم بعد النبات ان علم وجوده تحت الارض جاز والا فلا فاذا باعه ثم قلع منه نموذ جا ورضى به فان كان مما يباع كيلا كالبصل او وزنا كالثوم بطل خياره عندهما وعليه الفتوى للحاجة وجريان التعامل به وعند الامام لا وان كان مما يباع عددا كالفجل فرؤية بعضه لا تسقط خياره لما تقدم (وفيما يطعم لابد من الذوق) لانه المعروف للمقصود وان كان مما يشم فلابد من شمه كالمسك وفى الولوالجية اشترى نافجة مسك فاخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية والعيب لان الاخراج يدخل عليه عيبا ظاهرا حتى لم يدخل كان له ان يرد بخيار العيب والرؤية جميعا كما فى البحر (ونظر الوكيل بالشراء او القبض) اى قبض المبيع (كاف لا نظر الرسول) وفى الدرر اعلم ان هنا وكيلا بالشراء ووكيلا بالقبض ورسولا صورة التوكيل بالشراء ان يقول الموكل كن وكيلا عنى بشراء كذا وصورة التوكيل بالقبض ان يقول كن وكيلا عنى بقبض ما اشتريته وما رأيته وصورة الرسالة ان يقول كن رسولا عنى بقبضه فرؤية الوكيل الاول تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه ورؤية الوكيل الثانى تسقط عند الامام اذا قبضه بالنظر اليه فحينئذ ليس له ولا للوكيل ان يرده الا من عيب واما اذا قبضه مستورا ثم رآه فاسقط الخيار فانه لا يسقط لانه اذا قبض مستورا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا لصيرورته اجنبيا بل للموكل الخيار ورؤية الرسول لا تسقط الخيار بالاجماع (وعندهما) وهو قول الائمة الثلثة (هو) اى الرسول (كالوكيل) و فى الفرائد هذا سهو من قلم الناسخ والصواب ان يقال وعندهما الوكيل بالقبض كالرسول فى عدم اسقاط رؤيته الخيار لان عدم اسقاط رؤية الرسول الخيار متفق عليه انما الخلاف فى الوكيل بالقبض اذا قبضه ناظرا اليه فان رؤيته تسقط الخيار عند الامام لان الوكيل بالقبض وكيل باتمام العقد وتمامه بتمام الصفقة وتمامها بسقوط خيار الرؤية فصار قبضه كقبض الموكل مع الرؤية بخلاف الرسول لانه غير نائب عن المشترى وعندهما لا يسقط برؤية الوكيل بالقبض لانه وكيل بالقبض لا باسقاط الخيار فلا يملكه ما لم يصر وكيلا به وعبارة المصنف لاتقبل

الاصلاح اصلا ولا يمكن ان يدعى انه من باب القلب على معنى ان الوكيل بالقبض كالرسول وهو اظهر من ان يخفى فلا يصار اليه انتهى هذا ظاهر لكن يمكن ان يقال وعندهما كالوكيل بالقبض عندهما اى هما سواء فى عدم اسقاط رؤيتهما الخيار تأمل (وبيع الاعمى وشراؤه صحيح) وعند الشافعى فى قول لا يصح لكن لا وجه له اذ يلزم ان يموت جوعا ولم يجد وكيلا بشراء ما يطعم به (وله) اى الاعمى (الخيار اذا اشترى) لانه اشترى مالم يره ومن اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه بالحديث كما فى الهداية وفى العناية فيه نظر لان قوله عليه الصلوة والسلام مالم يره سلب وهو يقتضى تصور الايجاب وهو انما يكون فى البصير فالاولى ان يستدل بمعاملة الناس العميان من غير نكير فان ذلك اصل فى الشرع بمنزلة الاجماع انتهى لكن ان اراد بتصور الايجاب وقوعه فغير لازم اذ غاية كون التقابل بينهما تقابل العدم والملكة ويكفى فيها امكان الرؤية بان يكون من شانه وذلك يتحقق بالادمية ان لم يره دائما فيندفع به النظر (ويسقط بجسه) اى بجس الاعمى (المبيع) ان كان مما يعرف بالجس كالغنم مثلا (او شمه) ان كان مما يعرف بالشم كالمسك (او ذوقه) ان كان مما يعرف بالذوق كالعسل (فيما يعرف بذلك) اى بالجس او بالشم او بالذوق على سبيل البدل لان هذه تفيد العلم كالبصير فيقوم مقام الرؤية (وبوصف العقار له) اى للاعمى لانه لا سبيل الى معرفته الا به حتى يسقط خياره بعد ذلك وعن ابى يوسف انه اشترط مع ذلك ان يوقف فى مكان لو كان بصيرا لرآه منه وقال الحسن يوكل وكيلا لقبضه له وهو يراه وهو اشبه بقول الامام وقال بعض ائمة بلخ يسقط خياره بمس الحيطان والاشجار مع الوصف وان ابصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضى فلا خيار له لان العقد تم ولو اشترى البصير ثم عمى قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم هذا كله اذا وجدت المذكورات من الشم والذوق والجس ونحوها من الاعمى قبل شرائه ولو وجدت بعده ثبت له الخيار بالمذكورات فيمتد الخيار مالم يوجد منه ما يدل على الرضى من قول او فعل فى الصحيح (ومن رأى احد الثوبين فشراهما ثم رأى) الثوب (الاخر) فوجده معيبا (فله اخذهما او ردهما) اى رد الثوبين ان شاء لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت فى الثياب فبقى الخيار فيما لم يره (لا رد احدهما) اى لا رد المعيب وحده لئلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام على البايع لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ان قبضه مستورا ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء فيكون فسخا من الاصل (ومن رأى شيئا) قاصدا لشرائه عند رؤيته عالما بانه مرئيه وقت الشراء (ثم شراه) بعد زمان (فوجده متغيرا تخير) لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره (والا) اى وان لم يتغير عن الصفة التى رآها عليها (فلا) يتخير لان العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية السابقة وقد رضى به ما دام على تلك الصفة وانما قيدنا قاصدا لشرائه عند رؤيته لانه لو رآه لا لقصد الشراء ثم اشتراه فله الخيار لانه اذا رأى لا لقصد الشراء لا يتأمل كل التأمل فلم يقع معرفة كما فى البحر وانما قيدنا عالما بانه مرئيه وقت الشراء لانه لو لم يعلم عند العقد انه رآه من قبل فحينئذ ثبت له الخيار لعدم الرضاء به كما فى الهداية فعلى هذا ان المصنف لو قيد بهذين القيدين كما قيدنا لكان اولى تأمل (وان اختلفا فى تغيره) فقال المشترى قد تغير وقال البايع لم يتغير (فالقول للبايع) مع يمينه وعلى المشترى البينة لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر هذا اذا كانت المدة قريبة اما اذا كانت بعيدة فالقول للمشترى لان الظاهر شاهد له وفى البحر ولا يصدق فى دعوى التغير الا فى مدة الا ان تطول والشهر طويل وما دونه قليل وفى الفتح جعل الشهر قليلا (وان) اختلفا (فى الرؤية) فقال البايع له رأيت قبل الشراء وقال المشترى ما رأيت او قال له رأيت بعد الشراء ثم رضيت فقال رضيت قبل الرؤية (فللمشترى) اى فالقول للمشترى مع يمينه لان البايع يدعى امرا عارضا وهو العلم بالصفة والمشترى ينكره فالقول له وفى البحر لو اراد المشترى

ان يرده فانكر البايع كون المردود مبيعا فالقول للمشترى وكذلك فى خيار الشرط لانه انفسخ العقد برده وبقى ملك البايع فى يده فيكون القول قول القابض فى تعيين ملكه امينا كان او ضمينا كالمودع والغاصب ولو اختلفا فى الرد بالعيب فالقول للبايع (ومن اشترى عدل زطى) ولم يرده وقبضه والعدل المثل والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية (فباع منه) اى من العدل (ثوبا اووهب) لاخر (وسلم فله ان يرده) اى للمشترى ان يرد مابقى (بعيب لابخيار رؤية اوشرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفى رد مابقى تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لتمامها معه بعد القبض وكلامنا فيه فان عاد اليه ذلك الثوب يفسخ وهو على خياره لزوال المانع وهو تفريق الصفقة وعن ابى يوسف لايعود بعد سقوطه لخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى وصححه قاضيخان ﴿فصل فى خيار العيب﴾

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشئ الى سببه (مطلق البيع) الاضافة من قبيل اضافة الصفة الى موصوفها والتقدير البيع المطلق من شرط البراءة من كل عيب (يقتضى سلامة المبيع) عن العيوب لان الاصل هو السلامة وهى وصف مطلوب مرغوب عادة وعرفا والمطلوب عادة كالمشروط نصا (فمن وجد فى مشريه) بفتح الميم وكسر الراء اسم مفعول من الشراء (عيبا) كان عند البايع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض اوراٰه ولكن لم يعلم انه عيب عند التجار فقبضه وعلم بذلك ينظر ان كان عيبا بينا لايخفى على الناس كالعور لم يكن له ان يرده وان كان يخفى يرد (رده) مبتدأ مؤخر خبره قوله فلمن (اواخذه) اى اخذ المشترى المبيع المعيب بكل ثمنه لانه مارضى عند العقد الا بوصف السلامة بدلالة الحال فعند فواتها يتخير (لاامساكه ونقص ثمنه) اى لايخير بين امساكه وبين اخذ نقصان الثمن لان الاوصاف لايقابلها شئ من الاثمان (الابرضى بايعه) اى بامساك المشترى المبيع المعيب ونقص ثمنه والمراد عيب كان عند البايع وقبضه المشترى من غير ان يعلم به ولم يوجد من المشترى مايدل على الرضا به بعد العلم بالعيب (وكل مااوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب) العيب مايخلو عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المصنف ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل مااوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع فى معرفته عرض اهله كما فى العناية (فالاباق) كالكتاب لغة الاستخفاء وشرعا استخفاء العبد او الجارية عن المولى تمردا (ولو) وصلية (الى مادون السفر من صغير يعقل) وهو يأكل ويشرب وحده عيب لفراره عن العمل لخبث وفيه اشارة الى ان اباق الصغير الذى لايعقل ولا يميز ليس بعيب لانه ضال لجهله بالعيب لاابق وفى القهستانى وليس باباق اوفر من محلة الى محلة اوقرية الى بلد واما العكس فاباق انتهى لكن الاشبه ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا كما فى التبيين (وكذا السرقة) واللام للعهد اى سرقة صغير يعقل عيب وان لم يكن عشرة دراهم وقيل دون درهم ليس بعيب وفى غير عاقل لا لانها صادرة بلا فكر ولا فرق بين ان يسرق من مولاه او غيره لكن سرقة المأكول من المولى للاكل ليست بعيب (والبول فى الفراش) من صغير يعقل عيب لكونه من داء وفى غير عاقل لايعد عيبا لظهوره من ضعف المثانة ولعدم التدارك (وهى) اى الاباق والسرقة والبول فى الفراش (فى الكبير عيب اخر) ثم فرعه بقوله (فلوابق اوسرق اوبال) فى الفراش (فى صغره) عند البايع (ثم عاوده) اى عاود كل واحد منها (عند المشترى فيه) اى فى الصغر (رده) اى رد المشترى بكل واحد منهما على البايع ان شاء لكونها عيبا قديما لاتحاد السبب وهنا مسألة عجيبة وهى انه من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول فى الفراش وتعيب عنده بعيب اخر كان له ان يرجع بنقصان العيب فاورجع بنقصان

العيب ثم كبرللبائع ان يسترد ما اعطى ثمن النقصان لزوال العيب بالبلوغ (وان) ابق اوسرق اوبال
عندالبائع في صغره (ثم عاوده عنده) اى عند المشترى (بعد البلوغ لا) اى لا يرد به لان ما يعاود
بعدالبلوغ يكون عيباً آخر لاختلاف السبب (والجنون) المطبق وقيل اكثر من يوم وليلة وقيل
من ساعة عيب في الغلام والجارية (مطلقا) سواء كان في حال صغره اوكبره (فلوجن في صغره)
عندالبائع (وعاوده عندالمشترى فيه) اى في صغره (اوفي كبره رديه) لان الثاني عين الاول اذ معدن
العقل هوالقلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع هذا الشعاع وهو لايختلف باختلاف السن
قيل يكفي في الرد جنونه عندالبائع فقط لكن الصحيح انه لم يرد بدون المعاودة وعليه الجمهور (والبخر)
بفتحتين وبالخاء المعجمة نتن رايحة الفم وفي البزازية نتن رايحة الانف والذفر بفتحتين والذال المعجمة
شدة الريح طيبة اوخبيثة ومرادهم نتن الابط وبالدال المهملة مصدر دفر اذا خبث رايحته وبالسكون
اسم منه كما في الطلبة وغيره ومن الظن ان في المغرب مرادهم منه حدة الرايحة منتنة اوطيبة فانه قال
اراد منه الصنان بضم المهملة وهو نتن الابط على ان عدا رايحة الطيبة من العيوب عيب لايخفى
على عاقل كما في القهستاني (والزنا والتولد منه) اى من الزنا كل من هذه الاربعة (عيب في الجارية)
لان ذلك يخل بالمقصود منها فالبخر والذفر يخل بالقرب للخدمة والزنا بالاستفراش والتولد من
الزنا بطلب الولد (لا في الغلام) اى ليس هذه الاشياء عيبا في العبد لان المطلوب منه استخدام
من بعد وهذه الاشياء لاتخل به (الا ان يكون) البخر والدفر (من داء) وهو استثناء من مقدر تقديره
ان المذكور لا يكون عيبا في الغلام كل الاحوال الا ان يكون البخر والدفر فاحشا بحيث يمنع
القرب من المولى او يكون الزنا عادة له بان تكرر اكثر من مرتين ولا يشترط المعاودة عند
الشراء في الزنا كما في اكثر الكتب فعلى هذا لو قال بعده او يكون الزنا عادة له لكان اولى قيل
ان البخر عيب في الامرد وهو الاصح كما في الخلاصة وفي العمادية لوكان الغلام يلاط به مجانا
فهو عيب و بالاجر ليس بعيب وعند الائمة الثلثة ان ماذكر عيب في العبد ايضا (والاستحاضة
عيب) لان استمرار الدم علامة الداء (وكذا عدم حيض بنت سبع عشرة سنة لااقل) قيد بسبع
عشرة لانه اقصى زمن البلوغ عندالامام وعندهما خمس عشرة سنة لان الحيض هو الاصل
في بنات آدم وهو دم صحة فاذا لم تحض فالظاهر انه عن دائها واذا قالوا لاتسمع دعواه
بانقطاعه الااذا ذكر سببه من داء اوحبل لان ارتفاعه بدونهما لايعد عيبا والمرجع في الحبل
الى قول النساء وفي الداء الى قول طبيبين عدلين (ويعرف ذلك) اى المذكور من الاستحاضة
وعدم الحيض (بقول الامة) لانه لايعرف غيرها ولكن لايرد بقولها (فترد) الامة (اذا انضم اليه)
اى الى قول الامة (نكول البائع قبل القبض وبعده) يعنى اذا قالت الامة ذلك وانكره البائع يستحلف
فان نكل سواء كان قبل القبض او بعده ترد عليه بنكوله في ظاهر الرواية (وهو الصحيح) وعن
ابي يوسف يرد بلا يمين البائع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشترى الرد بلاقضاء ولارضاء
وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لايقبل قول الامة فيه ذكره
الكافي ولو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لم تسمع واقلها ثلثة اشهر عند الثاني واربعة اشهر
وعشر عند الثالث وانقطاعها من وقت الشراء وحاصله انه اذا صح دعواه سأل البائع فان صدقه
ردت عليه والا لم يحلف عند الامام كما سيأتي وان اقربه وانكر كونه عنده حلف فان نكل ردت
عليه ولاتقبل البينة على ان الانقطاع كان عند البائع للتيقن بكذبهم بخلاف الشهادة على الاستحاضة
كما في البحر وغيره (والكفر عيب فيهما) اى في الغلام والجارية لعدم الائتمان على المصالح الدينية
وعند الشافعي ليس بعيب ومن اغرب ماذكره الزيلعي رواية عن الشافعي انه لواشتراه على انه كافر
فوجده مسلما يرده حيث يكون الاسلام عيبا ولايكون الكفر عيبا (وكذا الشيب) بالشين المعجمة

عيب وكذا الشمط وهو اختلاط البياض بالسواد في الشعر لانه في غير اوانه دليل الداء وفي اوانه دليل الكبر فيصير عيبا على التقديرين وكذا الصهوبة بضم المهملة حمرة الشعر اذا فحشت بحيث تضرب الى البياض (والدين) لان ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى اطلقه فشمل دين العبد والجارية وما اذا كان مطالبا به للحال اومتأخرا الى ما بعد العتق مأذونا اومحجورا وليس كذلك بل المراد الدين الذي يطالبه به في الحال بسبب الاذن لا الدين المؤجل الى العتق ولا المحجور لان دينه لا يطالب الا بعد العتق فلا يكون عيبا كما في البحر وغيره فعلى هذا وقيده بهذين القيدين لكان اولى تأمل (والسعال القديم) يعرفه الاطباء واما السعال الحادث فليس بعيب لانه يزول (والشعر والماء في العين) لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى ولا خصوصية لهما بل كل مرض بالعين فهو عيب ومنه السبل وكثرة الدمع والقرب في العين والعشى وهو ضعف البصر بحيث لا يبصر في الليل والعمش والشتر والحول والحوص وهو نوع من الحول والجرب في العين وغيرها وقد ذكر المصنف اولا ضابط العيب ثم ذكر عددا من العيوب ولم يستوفها لكثرتها فلا بأس بتعداد ما اطلعنا عليه في كلامهم تكثيرا للفوائد فمن العيوب المشتركة بين العبد والامة الشلل والشم والصمم والخرس والعرج والسن الساقطة والشاغية والسوداء والخضراء وفي الصفراء خلاف ووجعها والاصبع الزائدة والناقصة والظفر الاسود المنقص للثمن والعسر وهو العمل باليسار عجزا والثؤلول والخال ان كانا قبيحين منقصين والكذب والنميمة وترك الصلاة وغيرها من الذنوب والنكاح والقمار بالنرد ونحوه والامراض والكي وتشنج في الاعضاء وكثرة الاكل وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك انه لا فرق اذا افرط وعدم استمساك البول والحمق وغيرها ومن المختصة بالعبد العنة والخصى بخلاف ما لو وجد فحلا اذا اشترى على انه خصي والفتق والادرة وعدم الختان اذا كان كبيرا والرعونة واللين في الصوت والتكسر في المشي ان كثر فان قل لا ومحلوق اللحية اومنتوفها اذا اشترى امرد والتخنث بالعمل القبيح وشرب الخمر ومن المختصة بالامة الرتق والقرن والعفل والحبل والمغنية وعدة رجعي والولادة عند البائع اوقبله وثقب في الاذنين ان واسعا ومحترقة الوجه لا يدرى حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت دميمة اوسوداء وفي البزازية وان اشتراها على انها جميلة ووجدها قبيحة ترد وكل عيب يمكن المشتري من ازالته بلا مشقة لا يرد به كاحرام الجارية ومنها ما في الحيوانات من الحرون والحرن والجمح والفدع والصكك والفحج والمشش والدخس وخلع الرأس واللجام والصدف والشدق والعثر والعزل وقلة الاكل ومص ابهامها جميعا وعدم الحلب ان كانت مثلها تشترى للحلب وان للحم لا وما يمنع التضحية في المضحي وما في غيرها الهشم والحرق والعفونة وكون الحنطة مسوسة وضيق احد الخفين لا كلاهما والنقب الكبير في الجدار وكثرة بيوت النمل في الكرم اوكان فيه ممر الغير اومسيل الغير والنز والسبخ وكون الآية ساقطة اوالخطاء في المصحف وعدم مسيل في الدار وعدم الشرب في الارض اومرتفعة لا تسقى ونجاسة ما ينقصه الغسل وذكر قاضيخان ان فوات المشروط بمنزلة العيب (فان ظهر عيب قديم) اي كائن عند البائع (بعد ما حدث عند المشتري) عيب (آخر رجع بالنقصان) لانه تعذر الرد بسبب العيب الحادث وطريق معرفته ان يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن (كثوب شراه فقطعه) اي الثوب (فاطلع) المشتري (على عيب فليس له الرد) بل يرجع بالنقصان كما بيناه آنفا (الا ان يرضى البائع) استثناء من المسئلتين جميعا (باخذه كذلك) اي معيبا ومقطوعا (فله) اي للبائع (ذلك) اي الاخذ لان الامتناع لحقه فاسقط حقه بالرضاء (حتى لو باعه المشتري) بعد ما حدث عيب آخر (سقط رجوعه) بالنقصان لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضاء البائع فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه

ثم باعه حيث لايبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالبيع وبعد امتناع الرد لاتأثير له (فان خاط) المشترى بعد ماقطع (الثوب اوصبغه احمر) قيد به لتكون الزيادة في المبيع ثابتة اتفاقا لانه لوصبغه اسود يكون نقصانا عنده كالقطع وقالا يكون زيادة (اولت السويق بسمن) اى لوكان المبيع سويقا فخلطه بسمن (ثم ظهر عيبه رجع على البايع بنقصانه) لتعذر الرد بسبب الزيادة وحاصله ان الزيادة نوعان متصلة وهى وقسمان متولدة عن الاصل كالجمال حيث لايمنع الرد في ظاهر الرواية وغير متولدة منه كالصبغ فانه يمنع ومنفصلة وهى ايضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر فانه يمنع الرد اذا حدث بعد القبض واما اذا حدث قبل القبض فلا وغير متولدة منه فانه لايمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ تسلم الزيادة للمشترى (وليس لبايعه ان يأخذه) فطالحق الشرع وان رضى به المشترى لوجود الربا (حتى لو باعه) اى المشترى الثوب المخيط او المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن (بعد رؤية عيبه لايسقط الرجوع) لان الرد ممتنع اصلا قبله فلايكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لايرجع بالنقصان بخلاف مالو كان الولد كبيرا لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه وهذا معنى مافي الفوائد الظهيرية من ان الاصل ان كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشترى ويمكنه الرد برضى البايع فاخرجه عن ملكه لايرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولايمكنه الرد وان قبله البايع فاخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان كما في البحر (ولو اعتق) المشترى المبيع (بلا مال اودبر اواستولد) قبل العلم بالعيب لانه بعد العلم لايرجع (ثم ظهر العيب رجع) بنقصان العيب اما الاعتاق فالقياس فيه ان لايرجع وهو قول زفر لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع وهو قول الشافعي واحمد لان العتق انهاء الملك لان الآدمى ماخلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه على خلاف الاصل موقتا الى الاعتاق فكان انهاء كالموت وهذا لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانهما وان كانا لايزيلان الملك الا ان المحل بهما يخرج عن ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك فيرجع بالنقصان لانه استحق المبيع بوصف السلامة وصار كما لو تعيب عنده (وكذا) يرجع بنقصان العيب (ان ظهر) عيب قديم (بعد موت المشترى) لان الملك ينتهى به والامتناع حكمى لابفعله (وان اعتق) المبيع (على مال اوقتله لايرجع بشئ) لانه حبس بدله في الاعتاق على مال وحبس البدل كحبس المبدل وعن الامام وهو قول ابى يوسف والشافعى انه يرجع لان البدل والمبدل ملكه فصار كالاعتاق مجانا والكتابة كالاعتاق على مال لحصول العوض فيها واما القتل فلانه لايوجد الامضمونا وانما يسقط هنا باعتبار الملك ان لم يكن مديونا فان كان مديونا ضمنه السيد فصار كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه يوجب الضمان لامحالة هذا ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه يرجع لان المقتول ميت باجله فكانه مات حتف انفه (وكذا) لايرجع بالنقصان (او اكل الطعام كله او بعضه) حال كونه في وعاء واحد فان كان في وعائين فاكل مافي احدهما اوباع ثم علم بعيب كان بكل ذلك فله رد الباقى بحصته من الثمن كما في الحقايق (اولبس الثوب فتخرق) ثم اطلع على عيب (لايرجع) بالنقصان عند الامام (خلافا لهما) فانه يرجع بالنقصان عندهما وفي المنح ثم قال ابو يوسف يرد مابقى ان رضى البايع لان استحقاق الرد في البعض دون الكل فيتوقف على رضاه وقال محمد يرد الباقى مطلقا لان رده ممكن حيث لايضره التبعيض ورجع بالنقصان فيما اكله لتعذر رده وعند الامام لايرجع بشئ وقد اعتمده صاحب الكنز وغيره قال في النهاية وقالا يرجع استحسانا في الاكل

ثم قال وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق وعنهما يرد مابقى و يرجع بنقصان ما اكل وعليه الفتوى وفى البحر ان الفتوى على قولهما فى الرجوع بالنقصان كما فى الخلاصة وفى المجتبى لو اكل بعض الطعام يرجع بنقصان عيبه و يرد مابقى عند محمد و به يفتى وان باع نصفه لا يرجع و يرد مابقى عنده و به يفتى ايضا ولو اشترى طعاما فاطعمه ابنه او امرأته او مكاتبه او ضيفه لا يرجع وان اطعم عبده او مدبره او ام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى سمنا ذائبا و اكله ثم اقر البايع انه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما و به يفتى كما فى البحر وفى القنية ولو كان غزلا فنسجه او فيلقا فجعله ابريسما ثم ظهر انه كان رطبا وانتقص وزنه رجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا باع (وان شرى بيضا او جوزا او بطيخا او قثاء او خيارا فكسره) قيد به لانه لو اطلع قبل كسره فانه يرده (فوجده فاسدا) بان كان منتنا او مرا (فان كان ينتفع به) فى الجملة بان صلح لاكل بعض الناس او الدواب (رجع بنقصانه) دفعا للضرر بقدر الامكان ولا يرده لان الكسر عيب حادث الا ان يقبلها البايع مكسورا ويرد الثمن وقال الشافعى يرده (والا) اى وان لم ينتفع به اصلا (فبكل ثمنه) اى يرجع بجميع الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر فى الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب بخلاف بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر فانه يرجع بالنقصان لان ماليته باعتبار القشر (ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل) كالواحد والاثنين فى المائة (صح البيع) استحسانا لعدم خلوه عادة ولا خيار له كالتراب فى الحنطة الا ان يعده الناس عيبا فله الرد (والا) اى وان لم يكن قليلا بل كثيرا (فسد) البيع فى الكل (ورجع بكل ثمنه) عند الامام لجمعه فى العقد بين ماله قيمة وما لا قيمة له وعندهما يجوز فى حصة الصحيح منه وقيل يفسد العقد فى الكل اجماعا ولو قال المصنف فوجده معيبا مكان فاسدا لكان اولى لان من عيب الجوز قلة لبه وسواده تدبر وفى الفتح ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر انه مر رد مابقى ورجع بنقصان ما خبز وفى البحر اشترى عددا من البطيخ او الرمان او السفرجل فكسر واحدا واطلع على عيب رجع بحصته من الثمن لا غير ولا يرد الباقى الا ان يبرهن ان الباقى فاسد ولو وجد فى المسك رصا صا ميزه ورده بحصته قل او كثر (ومن باع ما شراه) باخر (فرد عليه) اى بايع ما شراه (بعيب) اى بسبب عيب (بقضاء) بعد قبضه (باقرار) ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة كما فى الهداية و انما اول بهذا لانه لو لم ينكر الاقرار لا يحتاج الى القضاء بل يرد عليه باقراره بعيب فاذا رده بلا قضاء لا يرد على بايعه كما فى اكثر الشروح لكن لا حاجة الى هذا التأويل لانه لا يمكن ان ينكر اقراره مع انه لا يرضى بالرد فيرد بالقضاء فلا يكون بيعا لعدم الرضاء كما فى التسهيل (او نكول) عن اليمين (او بينة رده على بايعه) الاول لانه بالقضاء فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء كما فى الهداية ومنهم من جعله قول ابى يوسف و عند محمد ليس له ان يخاصم بايعه لتناقضه وغايته على انه سبق منه جحود نصا بان قال بعته و ما به هذا العيب وانما حدث عندك ثم رد عليه بقضاء ليس له ان يخاصم بايعه ومنهم من حملها على ما اذا كان ساكتا و البينة تجوز على الساكت و يستحلف الساكت ايضا لتنزيله منكرا كما فى البحر (ولو قبله برضاه لا يرده عليه) اى على بايعه الاول وقيل فى عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة يرد للتيقن به عند البايع الاول والاصح انه لا يرد عليه فى الكل كما فى الرمز هذا اذا كان الرد بعد القبض اما قبله فله ان يرده على بايعه الاول وان كان بالتراضى فى غير العقار كما فى المنح وغيره (ومن قبض ما شراه ثم ادعاه عيبا لا يجبر) المشترى (على دفع ثمنه) البايع لاحتمال ان يكون صادقا فى دعواه (بل يبرهن المشترى) اى يقيم البينة لاثبات العيب بانه وجد بالمبيع عند المشترى لانه ان لم يوجد عنده ليس له ان يرده وان كان عند البايع لاحتمال انه زال فاذا برهن انه وجده عنده يحتاج

ان برهن ايضا ان هذا العيب كان به عند البايع لاحتمال انه حدث عنده (او يحلف بايعه) على
قولهما لانه ان اقربه لزمه فاذا انكره يحلف فان حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب الحال
ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضى العقد
بينهما (فان قال) الظاهر بالواو (شهودى غيب) جمع غائب (دفع) الثمن (ان حلف بايعه)
لان فى الانتظار ضررا بالبايع وليس فيه كثير ضرر على المشترى لانه متى اقام البينة رد عليه المبيع
واخذ ثمنه (ولزم العيب ان نكل) البايع لان النكول حجة فيه بخلاف الحدود وفى عبارة الهداية هنا
كلام فليراجع شروحها (ومن ادعى) اى المشترى (اباق مشريه) اى اباق الرقيق الذى اشتراه
فانكر البايع (يبرهن) المشترى (اولا انه) اى الرقيق (ابق عنده) يعنى لاتسمع دعوى المشترى
هذه حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده تسمع دعواه بعد ذلك (ثم يحلف بايعه)
على البتات مع انه فعل الغير ويقال فى كيفية التحليف (بالله لقد باعه وسلمه وما ابق قط) وفى المنح
هذا هو احوط انتهى لكن فى هذا الوجه ترك النظر للبايع لان قوله وما ابق قط شامل للاباق من
الغاصب اذا لم يعلم منزل مولاه او لم يقدر على الرجوع اليه وليس بعيب (او بالله ماله حق الرد
عليه من الوجه الذى يدعى) المشترى (او بالله ما ابق عندك قط) كما فى الكنز لكن قال
المتأخرون فيه ترك النظر للمشترى لانه لايتناول الاباق من المودع والمستأجر والمستعير
والغاصب لا الى منزل مولاه مع القدرة على الرجوع اليه مع انه عيب (لا يحلف) بان يقال (بالله
لقد باعه وما به هذا العيب) لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وبه يتضرر
المشترى (او لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) اذ يمكن ان يأول البايع كلامه ويريد ان العيب
لم يكن موجودا عند البيع والتسليم معا فيتضرر المشترى (وفى اباق الكبير) اى اذا كانت الدعوى
فى اباق الكبير (يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال) لان الاباق فى الصغر لايوجب الرد وفى الدرر
ينبغى ان يكون الحكم فى البول فى الفراش والسرقة ايضا كذلك لاشتراكها فى العلة واليه اشار
فى الغاية بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط فى العيوب الثلثة (وعند عدم بينة المشترى على اباقه
عنده) اى المشترى (يحلف البايع عندهما انه مالم يعلم انه) اى العبد (ابق عنده) اى المشترى
لان الدعوى صحيحة حتى تترتب عليها البينة فكذا اليمين (واختلفوا على قول الامام) فقيل يحلف
وقيل لا وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولاتصح الا من خصم ولايصير خصما
فيه الا بعد قيام العيب (فان نكل) البايع عن اليمين (على قولهما) ثبت اباقه عند المشترى
(وحلف ثانيا) للرد (كما مر) فان بنكوله ثبت العيب عند المشترى هذا فى العيوب التى لاتظهر
للقاضى ولايعرف هى حادثة عند المشترى ام لا واما العيوب التى لايحدث مثلها كالاصبع الزائدة
والناقصة والعمى فان القاضى يقضى بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البايع الا اذا ادعى
البايع رضاه وانبته بطريقه (ولو قال بايعه بعد التقابض) اى بعد قبض المشترى المبيع والبايع
الثمن (بعتك هذا مع آخر وقال المشترى) لا بل بعت هذا (وحده فالقول له) اى للمشترى مع اليمين
لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كما فى الوديعة والغصب (وكذا) يكون القول للمشترى
(لو اتفقا فى قدر المبيع واختلفا فى المقبوض) لما بيناه من ان القول للقابض (ولو اشترى عبدين صفقة)
اى فى عقد واحد (وقبض احدهما ووجد بالمقبوض او بالآخر عيبا ردهما) اى العبدين جميعا
(او اخذهما) جميعا (ولا يرد المعيب وحده) اى ليس للمشترى ان يرده وحده لان فيه تفريق
الصفقة قبل التمام وعن ابى يوسف انه يرد المقبوض خاصة لان الصفقة فيه تمت لتناهيها فيه
والاصح الاول لان تمام الصفقة يتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل (الا اذا ظهر العيب
بعد قبضهما) لانه تفريق بعد التمام فلا يمنع الرد وحده خلافا لزفر ووضع المسئلة فى عبدين لكونه

مما يمكن انتفاع باحدهما لانه اولم يمكن كما اذا اشترى خفين ووجد في احدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة اتفاقا لانهما في المعنى والمنفعة كشئ واحد والمعتبر هو المعنى ولهذا قالوا واشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما الاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة (ولو كان المبيع كيليا اووزنيا من نوع واحد و)وجد ببعض الكيلي اوالوزني معيبا بعد القبض رد كله اواخذه) اي اخذ كله بعيبه لانه كالشئ الواحد فليس له ان يأخذ البعض سواء كان قبل القبض اوبعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين وقوله بعد القبض اتفاقي ولو تركه لكان اولى تدبر (وقيل هذا) اي الخيار بين رد الكل او اخذه (ان لم يكن في وعائين والا) اي وان كان في وعائين (فهو كالعبدين) حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده (ولو استحق بعضه) اي بعض الكيلي اوالوزني (بعد القبض ليس له رد ما بقي بخلاف الثوب) قال صاحب المنح استحق بعض المبيع فان كان استحقاقه قبل القبض خير في الكل لتفريق الصفقة وان بعد القبض خير في القيمي لا في غيره لان التبعيض في القيمي كالثوب عيب فيخير بخلاف المثلي وقال ظهير الدين اذا استحق نصف الدار شايعا فالمشتري بالخيار عندنا ان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن وان شاء امسك ما بقي ورجع على البايع بثمن المستحق وان استحق منها موضع بعينه ان كان قبل القبض فهو بالخيار وان بعد القبض فلا خيار له ويرجع بثمن المستحق وقال الخصاف له ان يرد الكل ويرجع بالثمن وفي شرح الطحاوي اذا اشترى شيئا ثم استحق بعضه فان كان شيئا لا يمكن تمييزه الا بضرر كالدار والارض والكرم والعبد يخير المشتري والا فلا وان قبض المشتري احد المبيعين فيما اذا وقع البيع على شيئين فحكمه حكم ما قبل قبضهما فثبت الخيار للمشتري سواء ورد الاستحقاق على المقبوض او غيره لتفريق الصفقة قبل التمام (ومداواة) المشتري (المعيب بعد رؤية العيب وركوبه) اي ركوب المعيب بعدها وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع واللبس والسكنى (رضى) لانه دليل الاستبقاء وفيه اشارة الى ان الاستخدام بعد العلم لا يكون رضى استحسانا لان الناس يتوسعون فيه وهو المختار كما في البحر وفي البزازية ان الاستخدام رضى بالعيب في المرة الثانية على الصحيح الا اذا كان في نوع آخر وفي التنوير اشترى جارية لها لبن فارضعت صبيا له ثم وجد بها عيبا كان له ان يردها كما لو استخدمها وفي الغرر اشترى جارية ولم يتبرأ من عيوبها فوطئها اوقبلها اولمسها بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا ويرجع بالنقصان الا اذا رضي البايع (ولو ركبه لرده) على البايع (اوسقيه اوشراء علفه ولا بد له منه فلا) اي لا يكون بهذه الاشياء رضى بالعيب للاحتياج اليه قبل الركوب للرد لا يكون رضى كيف ما كان وفي البحر ادعى عيبا في حمار فركبه ليرده وعجز عن البينة فركبه جائيا فله الرد ولو ركبها لينظر الى سيرها فهو رضى وفي الفتح وجد بها عيبا في السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ولو رد بعد انقضاء سفره وهو معذور (ولو قطع) العبد المبيع (بعد قبضه) اي المشتري (اوقتل بسبب) متعلق بقطع وقتل على التنازع (كان عند البايع رده واخذ ثمنه) في صورة القطع يعني اشترى عبدا قد سرق عند البايع ولم يعلم به وقت الشراء اوالقبض فقطعت يده عند المشتري له ان يرده ويأخذ ثمنه عند الامام وكذا اذا قتل بسبب كان عند البايع لكن في القتل لا رد بل اخذ الثمن (وقالا) لا يرده بل (رجع بفضل ما بين كونه سارقا وغير سارق او قاتلا اوغير قاتل ان لم يعلم) المشتري (بالعيب عند الشراء والا) اي وان علم المشتري بالعيب عند الشراء (فلا) والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لان الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي المالية فينفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب حصل في يد البايع والوجوب يفضي الى الوجود فيضاف الوجود الى السبب السابق وقوله ان لم يعلم بالعيب يفيد على قولهما لان العلم بالعيب رضاء به ولا يفيد على

قوله فى الصحيح لان العلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع كما فى البحر وغيره وظاهر كلام المؤلف انه ليس
بمخير بين امساكه والرجوع بنصف الثمن وليس كذلك بل هو مخير فله امساكه واخذ نصف الثمن
لانه بمنزلة الاستحقاق لا العيب حتى لو مات بعد القطع حتف انفه رجع بنصف الثمن عنده
كالاستحقاق قيد بكون القطع عند المشترى لانه لو قطعت عند البائع ثم باعه فات عند المشترى به
فانه يرجع بالنقصان عنده ايضا وبالقطع لانه لو اشترى مريضا فات منه عند المشترى او عبدا زنى
عند البائع فجلد عند المشترى فات به رجع بالنقصان عنده ايضا وكذا لو زوج امته البكر ثم باعها
وقبضها المشترى ولم يعلم النكاح ثم وطئها الزوج لايرجع بنقصان البكارة وان كان زوالها بسبب
كان عند البائع كما فى الفتح (ولو تداولته الايدى) يعنى بعد وجوب سبب القطع فى يد البائع
لو تداولته الايدى بالبياعات (ثم قطع فى يد) المشترى (الاخير رجع الباعة) جمع بائع واصله
بيعة على وزن نصرة (بعضهم على بعض) عند الامام (كما فى الاستحقاق وعندهما يرجع)
المشترى (الاخير على بائعه لا) يرجع (بائعه) اى بائع المشترى (على بائعه) كما فى العيب لان
المشترى الاخير لم يصر حابسا المبيع حيث لم يبعه لا وكذلك الآخرون فان البيع يمنع الرجوع
بنقصان العيب كما تقدم (ولو باع بشرط البراءة من كل عيب صح وان) وصلية (لم يعد العيوب)
عندنا لان الجهالة فى الابراء لاتفضى الى النزاع وان تضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم وقال
الشافعى لايجوز لان الابراء عن الحقوق المجهولة لايجوز لان فيه معنى التمليك وهو يؤدى الى تمليك
المجهول وبه قال احمد وعند زفر البيع جائز والشرط فاسد اذا كان مجهولا حتى اذا ذكر العيوب وعددها
صحت البراءة عنها كان ابن ابى ليلى يقول لاتصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشترى وقد جرت
هذه المسئلة بينه وبين الامام ابى حنيفة فى مجلس الخليفة منصور ابى جعفر فقال له الامام ارأيت لو باع
جارية فى موضع المأتى منها عيب او غلاما فى ذكره عيب اكان يجب على البائع ان يرى المشترى ذلك
الموضع منها او منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع به (ويدخل فى البراءة)
عن العيوب العيب (الحادث قبل القبض عند ابى يوسف) وذكره مع الامام فى المبسوط وفى الخانية
انه ظاهر مذهبهما لان المراد لزوم العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود
والحادث (خلافا لمحمد) فانه قال لايدخل فيه الحادث اذ المقصود هو البراءة عن العيب الموجود
لا على العموم فلا يدخل المعدوم واجمعوا انه لو ابرأه من كل عيب به لايدخل الحادث ولو قال ابرأتك
من كل عيب وما يحدث لم يصح اجماعا فاستشكل على قول ابى يوسف لانه مع التنصيص لايصح فكيف
يصححه ويدخله بلا تنصيص ولكن هذا على رواية الاسبيجابى واما على رواية المبسوط فيصح
الاشتراط باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد وفى التنوير ابرأه من كل داء فهو
على ما فى الباطن فى العادة وما سواه مرض اشترى عبدا فقال لمن ساومه اياه اشتره فلا عيب به فلم يتفق
البيع فوجد به عيبا رده على بائعه ولا يمنعه من الرد عليه اقراره السابق ولو عينه بان قال لاعور به
لايرد لاحاطة العلم به قال عبدى هذا آبق فاشتره منى فاشتراه وباع من آخر فوجده الثانى آبقا لايرده
بما سبق من الاقرار ما لم يبرهن انه ابق عنده باع عبدا وقال البائع للمشترى برئت اليك من كل عيب به
الا الاباق فوجده آبقا فله الرد ولو قال الا اباقه فوجده آبقا لا مشترا لعبد او امة قال اعتق البائع او دبر
او استولد الامة او هو حر الاصل وانكر البائع حلف فان حلف قضى على المشترى بما قاله لاقراره
بما ذكر ورجع بالعيب ان علم به حتى لو قال باعه وهو ملك فلان وصدقه فلان واخذه لايرجع بالنقصان
وجد المشترى بمشريه عيبا واراد الرد فاصطلحا على ان يدفع البائع الدراهم الى المشترى
جاز وعلى العكس لايصح رضى الوكيل بالعيب لزم الموكل ان كان المبيع مع العيب يساوى الثمن
والا لا ظهر عيب بمشرى الغائب عند القابض فوضع المبيع عند عدل فاذا هلك هلك

على المشترى الا اذا قضى بالرد على بايعه والله تعالى اعلم

﴿باب البيع الفاسد﴾

اخره عن الصحيح لكونه عقدا مخالفا للدين لانه معصية يجب رفعها وعونه به وان ذكر فيه الباطل باعتبار كثرة انواعه وغيره يذكر فيه بطريق الاستطراد قال بعض الفضلاء الفاسد كما يذكر فى مقابلة الباطل كذلك يذكر فى مقابلة الصحيح فيراد به ما يعم الباطل وهو المراد ههنا انتهى لكن فيه كلام لانه يلزم منه ان يشمل الصحيح اذا استعمل فى مقابلة الباطل ولاوجه له فتدبر واعلم ان البيوع على انواع صحيح وهو المشروع باصله ووصفه وباطل وهو ضده ولايفيد الملك بوجه وفاسد وهو المشروع باصله دون الوصف ويفيد الملك اذا اتصل به القبض ومكروه وهو المشروع باصله ووصفه لكن جاوره شئ منهى عنه وموقوف وهو المشروع باصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولايفيد تمامه لتعلق حق الغير (بيع ماليس بمال والبيع) بيع الشئ (به) اى جعله ثمنا بادخال الباء عليه كأن يقول بعت هذا الثوب بهذه الميتة مثلا (باطل كالدم) المسفوح (والميتة) التى ماتت حتف انفها لان المخنقة وامثالها مال عند اهل الذمة (والحر) لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لاتعد مالا عند احد ممن له دين سماوى كما فى اكثر الكتب لكن الحر مال فى شريعة يعقوب عليه الصلاة والسلام حتى استرق السارق على ماقالوا فلاينبغى ان يقال انه لم يكن مالا عند احد كما فى القهستانى (وكذا) يبطل (بيع ام الولد والمدبر) المطلق الا بالقضاء لقيام المالية ولذلك فصله بقوله وكذا كما فى الاصلاح وفى البحر ونفاذ القضاء ببيع ام الولد ضعيف وفى قضاء البزازية الاظهر عدم النفاذ لكن صحح فى الفتح النفاذ بقضاء القاضى تدبر قيدنا بالمطلق لان بيع المقيد جائز اتفاقا وعند الائمة الثلثة بيع المدبر جائز مطلقا (وكذا) يبطل (بيع المكاتب) لانه استحق يدا على نفسه بعقد الكتابة فلا يتمكن المولى من فسخه وفى بيعه ابطال لذلك الاستحقاق اللازم فى حق المولى فلايجوز (الا ان يجيزه) المكاتب ففيه روايتان اظهرهما الجواز لان رضاه به متضمن تعجيز نفسه (وكذا) يبطل (بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير بالثمن) وهو الدراهم والدنانير حالا او مؤجلا لان المقصود فى البيع عين المبيع لانها هى المنتفع بها لا عين الثمن لانها جعلت وسيلة اليه ولهذا لايجوز ثبوته فى الذمة واذا جعلت الخمر مبيعة تكون مقصودة وفيه اعزاز والشرع امر باهانتها ولهذا يبطل بيعها (وكذا) يبطل (بيع قن ضم الى حر وذكية ضمت الى ميتة) ماتت حتف انفها (وان) وصلية (بين ثمن كل) عند الامام لان الحر غير داخل فى البيع اصلا لكونه غير مال وبضمه الى القن جعل شرط القبول القن وجعل غير المال شرطا لقبول المبيع مبطل للبيع وكذلك الميتة (وعندهما يصح) البيع (فى العبد والذكية ان بين الثمن) لان الصفقة متعددة معنى بتفصيل الثمن والفساد بقدر المفسد فلا يتعداه كالوجمع بين اخته واجنبية بالنكاح لكن التنظير ليس بمحله لان النكاح لايبطل بالشروط المفسدة ولا كذلك البيع تأمل (وصح) البيع (فى قن ضم الى) مملوك له (مدبر) مطلق او مقيد او مكاتب او ام ولد فالمملوك اعم خلافا لزفر (او) ضم (الى قن غيره) اى غير البائع (بالحصة) اى صح بحصة من القن فى الصورتين وان لم يبين الحصة لان بيع المدبر وام الولد جائز بالقضاء وبيع المكاتب برضاه كما بيناه فيصير محلا للبيع فدخلوا ابتداء فى العقد ثم خرجوا عنه لاستحقاقهم انفسهم باتصال الحرية بهم من وجه فصار جمع العبد مع كل منهم بمنزلة بيع عبدين استحق احدهما وبيع قن الغير يجوزه موقوفا فيصير محلا للبيع وفى الحقايق الجمع بين العبد ومعتق البعض كالجمع بين العبد والحر (وكذا) صح البيع (فى ملك ضم الى وقف فى الصحيح) بالنظر الى اصله الذى هو حبس العين على ملك الواقف فحينئذ يجوز بيع الملك المضموم اليه بحصته وقيل لايصح وفى الفرائد هذا فى غير المسجد اما فى المسجد فلايصح فى الملك المضموم اليه فلذا لايصح بيع قرية لم يستثن منها المساجد

والمقابر انتهى وفيه كلام لانه يصح في الملك بصرف الكلام الى الاستثناء المعنوي وهو الاصح كما في المحيط
تدبر (وبيع العرض) اى غير الثمن (بالخمر او بالعكس) والاولى وبالعكس بالواو اى بيع الخمر بالعرض
(فاسد) في العرض فيملكه بالقبض فتجب قيمته لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فان الخمر
عند البعض مال ولا يملك الخمر لبطلان البيع في الخمر حتى لو هلكت عند المشتري لا يضمن لانها
غير متقومة عند الشرع (وكذا بيعه) اى بيع العرض (بالخنزير) فاسد في العرض باطل في الخنزير
كما في الخمر ولم يذكر بيع الخنزير بالعرض وفي التسهيل وغيره فسد لو قوبل خمر او خنزيرا وشعره
بعين سواء بيعت به او بيع بها اذا امكن جعل العين مقصودا انتهى فعلى هذا لو قال بيع العرض
بالخمر او بالخنزير وبالعكس لكان اخصر واولى تدبر (ولا يجوز بيع طير في الهواء) ومعناه ان يأخذ
صيدا ثم يرسله من يده ثم يبيعه وانما قيدناه بذلك لان بيع الطير في الهواء قبل ان يأخذه باطل كما في البحر
هذا اذا كان الطير يطير ولا يرجع اما اذا كان له وكر عنده يطير منه في الهواء ثم يرجع اليه
جاز بيعه والحمام اذا علم عودها وامكن تسليمها جاز بيعها لانها مقدورة التسليم كما في التبيين وغيره
فعلى هذا لو قيده بقوله لا يرجع لكان اولى تدبر (ولا) يجوز بيع (سمك لم يصد) لانه بيع ما لا يملكه
كما في اكثر الكتب وهذا التعليل يفيد بطلانه لما تقرر من ان بيع ما لا يملكه باطل لا فاسد لكن محل وقوعه
فاسد ان كان بالعرض لانه مال متقوم لان التقوم بالاحراز ولا احراز كما في المنح وفيه كلام لانه ينبغي
ان يبطل لان السمك الذي لم يصد ليس بمال اصلا والبيع باطل فيه مطلقا كما قال بعض الفضلاء
(او صيد والقي في حظيرة لا يؤخذ منها بلا حيلة) فانه فاسد للعجز عن التسليم (او دخل اليها)
اى مسوقا الى الحظيرة (بنفسه ولم يسد مدخله) فانه لا يجوز وفي الزاهدي اذا اجتمعت بنفسها
فبيعها باطل كيف ما كان لعدم الملك (وان صيد والقي فيها) اى في الحظيرة (وامكن اخذه)
اى السمك (بلا حيلة صح) بيعه لكونه مقدور التسليم لكن اذا سلمه الى المشتري فله خيار الرؤية
قيل هذا اذا لم يهيأ الحظيرة او الارض للاصطياد اما اذا هيأها له يملكها بلا خلاف (ولا) يجوز
(بيع الحمل والنتاج) وفي الدرر جعل بيع النتاج باطلا وبيع الحمل فاسدا لان عدم الاول مقطوع به
وعدم الثاني مشكوك فيه انتهى لكن في البحر وغيره والحمل بسكون الميم بمعنى الجنين والنتاج حبل
الحبلة والبيع فيهما باطل لنهيه عليه الصلوة والسلام عن بيعهما تدبر (و) لا يجوز بيع (اللبن
في الضرع) فانه فاسد للغرر لاحتمال كونه انتفاخا ولانه تنازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط
المبيع بغيره كما في المنح لكن فيه كلام لانه في صورة كونه انتفاخا يقتضي ان يكون بيعه باطلا لانه مشكوك
الوجود فلا يكون مالا تأمل قال يعقوب باشا وعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيع الشيء الملفوف الموصوف
لانه يحتمل ان لا يوجد شيء او وصفه المذكور مع انهم صرحوا بجوازه انتهى وفيه كلام لان عدم
وجدان الوصف المذكور لا يقتضي كون الاخر ان لا يكون مالا والشيء يقتضي المالية والانتفاخ
ليس بمال والقياس غير جائز تدبر (وكذا) لا يجوز بيع (اللؤلؤ في الصدف) فانه فاسد للغرر وهو
مجهول لا يعلم وجوده ولا قدره ولا يمكن تسليمه الا بضرر هو الكسر كما في المنح لكن في تعليله كلام
لان المجهول الذي لا يعلم وجوده يقتضي ان يكون بيعه باطلا تأمل (والصوف على ظهر الغنم)
لورود النهي عنه ولانه يزيد من الاسفل بغير انقطاع فيختلط الغير بالمبيع وفي شرح الوقاية و يعود
صحيحا ان قلع انتهى لكن في السراج لو سلم الصوف بعد العقد لم يجز ايضا ولا ينقلب صحيحا تأمل
(خلافا لابي يوسف) فيهما فانه يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف لتيسر التسليم ولا ضرر بالكسر لان
الصدف لا ينتفع به الا بالكسر ولكن يخير لعدم الرؤية وكذا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لقدرة
التسليم (ولا) يجوز (بيع اللحم في الشاة) لاحتمال ان يكون مهزولا او سمينا فيفضي الى النزاع
(و) لا يجوز بيع (ضربة القانص) وهو بالقاف والنون الصايد يقول بعتك ما يخرج من القاء

هذه الشبكة بكذا و قيل بالغين والياء قال فى تهذيب الازهرى نهى عن ضربة الغايص وهو الغواص بان يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللآلى فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البايع المبيع قبل العقد فكان غررا والجهالة ما يخرج وتمامه فى البحر فليراجع (و) لايجوز بيع (جذع) يعنى الجذع المعين لان غير المعين لايعود صحيحا كما فى الاصلاح (فى سقف وذراع من ثوب) يضره التبعيض كالقميص (وان) وصلية (ذكر قطعه) لانه لايمكن تسليمه الابضرر وقيدنا بالضرر لانه لوكان مما لايضره التبعيض كالكرباس فيجوز وقول الطحاوى فى آجر من حائط وذراع من كرباس اوديباج لا يجوز ممنوع فى الكرباس اومحمول على كرباس يتعيب به واما مالا يتعيب فيه فيجوز كما فى البحر (فلو قلع الجذع) المعين (اوقطع الذراع وسلم قبل الفسخ عاد صحيحا) لزوال المفسد قبل التقرر بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لايعود صحيحا وبخلاف ما اذا باع بزرا فى بطيخ ونحوه حيث لايصح وان شقه واخرج المبيع (ولا) يجوز بيع (المزابنة) ولو فيما دون خمسة اوسق خلافا للشافعى (وهى بيع الثمر) بالثاء المثلثة (على النخل بتمر) بالتاء (المثناة مجذوذ) اى مقطوع والمزابنة بيع الثمر فى رؤس النخل بالتمر من الزبن وهو الدفع كما فى البحر (مثل كيله خرصا) اى حزرا وظنا لا حقيقيا لانه لوكان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الرأس ثمرا بل تمرا مجذوذا كالذى يقابله من المجذوذ وانما لم يجز لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع المزابنة لان الجهالة فى المماثلة تفضى الى الربا و بيع العنب بالزبيب على هذا وفى المنح وفيه كلام لانه فسر المزابنة بما سمعت من بيع الثمر بالمثلثة على رأس النخل بتمر بالمثناة وهو خلاف التحقيق لان الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطبا كان اوبسرا او غيره واذا لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس والاولى ان يقال بيع الرطب بتمر (و) لايجوز بيع (المحاقلة وهى بيع البر فى سنبله ببر مثل كيله خرصا) لنهيه عليه الصلاة والسلام عنها ايضا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلايجوز بطريق الخرص كما لوكانا موضوعين على الارض (ولا) يجوز (البيع بالملامسة والمنابذة والقاء الحجر بان يتساوما سلعة فيلزم البيع اولمسها) اى السلعة (المشترى) وهذا بيع الملامسة (اووضع المشترى (عليها حجرا) وهو البيع بالقاء الحجر (اونبذها) اى السلعة (اليه) اى الى المشترى (البايع) وهذا البيع بالمنابذة هذه بيوع كانت فى الجاهلية فنهى عنها وقال صاحب الفرائد لواخر قوله اووضع عليها حجرا عن قوله اونبذها لكان النشر على ترتيب اللف لكنه جعله مشوشا ولابد من نكتة انتهى والنكتة المناسبة بان اللمس والوضع من قبل المشترى والمنابذة من قبل البايع ولواخره للزم الخلط والتفصيل تدبر (ولا) يجوز (بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع (الا بشرط ان يأخذ المشترى (ايهما شاء) فيجوز لاشتراطه خيار التعيين كما بيناه فى موضعه (ولا) يجوز (بيع المراعى) جمع المرعى ولو افرد كما افرد البعض لكان اخصر والمراد بالمرعى الكلاء النابت فى ارض غير مملوكة اوفى ارض البايع بدون تسبب منه قيدنا به لانه لوتسبب فى ذلك بان سقى الارض اوهيأها للانبات جازله بيع كلائها لانه ملكه حتى لواحتشه انسان بغير اذنه كان له استرداده وقيل لايجوز بيعه لانه ليس بملكه لان الشركة فيه ثابتة بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلث فى الماء والكلاء والنار (ولا اجارتها) اى لايجوز اجارة المراعى التى هى الكلاء لان اجارتها تقع على استهلاك عين غير مملوكة ولوعقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لاتجوز وهذا اولى وانما فسرنا المراعى بالكلاء وحملناه من اطلاق اسم المحل على الحال لان بيع رقبة الارض واجارتها جائزة بالاجماع كما فى الشمنى وفى القهستانى المراعى بكسر العين جمع المرعى بفتحها وهو الرعى بكسر الراء الكلاء رطبا اويابسا كما فى الصحاح وغيره فمن الظن انه من ذكر المحل وارادة الحال تتبع (ولا) يجوز بيع (النحل) بفتح النون وسكون الحاء المهملة حيوان يحدث

﴿منه﴾

منه العسل (بلا كوارات) جمع كوارة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل اذا سوى من طين وهذا عند الشيخين لكونه من الهوام فلا ينتفع بعينه بل بما يخرج عنه فلا يكون نفسه مالا متقوما والشئ انما يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي كما في الهداية وفي التبيين او باعه مع الكوارة صح تبعا لها ذكره القدوري في شرحه وذكره الكرخي انه لا يجوز بيعه مع العسل والمتبادر من المتن جواز بيع النحل اذا انضم مع الكوارات وان لم يكن فيها عسل مع ان جوازه اذا كان فيها ذلك عند الشيخين على ما في التبيين بما ذكره القدوري تدبر (خلافا لمحمد) فيجوز بيع نفسه بلا كوارة اذا كان محرزا اى مجموعا وهو قول الائمة الثلثة لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا (ولا) يجوز بيع (دود القز وبيضه) عند الامام لانه من الهوام (وعند ابي يوسف يجوز) البيع (في الدود اذا كان مع القز) يعني اذا ظهر منه القز يجوز البيع تبعا له (وفي البيض عنه) اى عن ابي يوسف (قولان) في قول يجوز بيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة وهو مع محمد وفي قول لا يجوز وهو مع الامام فيه (وعند محمد) وهو قول الائمة الثلثة (يجوز بيعهما مطلقا) لكونه منتفعا به (وهو المختار) للفتوى وفي البحر ولكن يرد عليه ان الفتوى على قول محمد في بيع النحل ايضا كما في الذخيرة والخلاصة وغيرهما فلم اختار في قوله في الدود دون النحل بلا ترجيح تدبر (ولا) يجوز (بيع الآبق) لورود النهي ولعجزه عن التسليم (الا من يزعم انه) اى الآبق (عنده) فانه حينئذ يجوز لان المنهي بيع آبق في حق المتعاقدين وهو غير آبق في حق المشتري ولانه انتفى العجز لكونه مقبوضا وصرح بفساد هذا البيع في الدرر وغيره لكن في البحر صرح ببطلانه لانعدام المحلية ولو باعه ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد وعن هذا قال (فان عاد قبل الفسخ لا ينقلب صحيحا) وهو ظاهر الرواية وبه كان يفتي ابو عبد الله البلخي لكونه وقع باطلا (وقيل ينقلب صحيحا) ويتم العقد المزبور على القول بالفساد وهذا رواية عن الامام لزوال المانع عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع هكذا يروى عن محمد كما في الهداية ورجح في الفتح القول بالفساد (ولا) يجوز بيع (لبن امرأة) سواء كانت حرة اوامة (واو) للوصل (بعد الحلب) لانه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع واما بيع نفس الامة فلالا لاختصاصه بالحي ولا حيوة في لبنها وقال الشافعي يكون اللبن محلا للبيع لكونه مشروبا طاهرا (وعند ابي يوسف يصح في لبن الامة) اعتبارا ببيعهما وفي الهداية وغيرها ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة انتهى فعلى هذا ينبغي للمصنف ان يقول وعن ابي يوسف لان قوله عند ابي يوسف يقتضي الظاهر تأمل وفي التسهيل واختلف المشايخ في حل الامة او شراها بانها حبلى صح عند البعض لا عند البعض وصح بان المبيعة حلوب (ولا) يجوز بيع (شعر الخنزير) لانه محرم فيبطل لنجاسته (ولكن يباح الانتفاع به) اى بشعر الخنزير (للخرز) ونحوه (للضرورة) الخرز بفتح الخاء المعجمة وسكون الراء المهملة بعدها زاى معجمة مصدر خرز الخف وغيره فيستعمله الخفاف في زمانهم وكذا تستعمله النسوان لتسوية الكتان لان غيره لا يعمل عمله وعلى هذا قيل اذا لم يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقيل هذا اذا كان منتوفا فالمقطوع يكون طاهرا (ويفسد شعر الخنزير الماء القليل عند ابي يوسف) وهو المختار (لا) يفسده (عند محمد) لان اطلاق الانتفاع به بدليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها (ولا) يجوز (بيع شعر الادمي ولا الانتفاع به ولا بشئ من اجزائه) لان الادمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شئ من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن وعن محمد انه يجوز الانتفاع به استدلالا بما روى انه عليه الصلاة والسلام حين حلق

رأسه قسم شعره بين اصحابه رضى الله تعالى عنهم وكانوا يتبركون به ولولم يجز الانتفاع به لما فعل لكن فيه ما فيه تدبر (ولا) يجوز (بيع جلود الميتة قبل الدباغ) لانها غير منتفع بها وليست بمال لنجاستها فيبطل بخلاف الثوب والدهن المتنجس فانها عارضة (ويجوز) بيعها (بعده) اى بعد الدباغ (وينتفع به) اى بالجلد المدبوغ الدال عليه الجلود فلا يرد ما قيل من ان الظاهر ان يكون الضمير مؤنثا وانما ينتفع به لكونه طاهرا بعده (ويباع عظمها) اى الميتة (وينتفع به) اى بعظمها (وكذا عصبها وقرنها وصوفها وشعرها وو برها) لطهارة هذه المذكورات اذ لا حيوة فيها حتى يحل الموت بها القرن من الوبر ولو قدم على الصوف لكان اقرب وكذا لو قدم الشعر على الصوف لكان انسب (وكذا) يباع (عظم الفيل) عند الشيخين فان الفيل عندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قالوا هذا اذا لم يكن على العظم واشباهه دسومة اما اذا كانت فهو نجس (خلافا لمحمد) فانه نجس العين عنده كالخنزير حرمة وصورة والمختار قولهما (ولا يجوز بيع علو سقط) اى يبطل بيع موضع العلو بعد سقوطه سواء سقط بيت السفل اولا اذ بعد انهدامه لا يبقى له الاحق التعلى وهو ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه فالبيع لم يصادف محله فيكون لغوا بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا فى رواية وانما قيدنا بعد سقوطه لان البيع قبله يجوز نظرا الى البناء القائم فيه وان سقط العلو بعد البيع قبل التسليم يبطل البيع لهلاك المبيع قبل التسليم (ولا) يجوز بيع (المسيل ولا هبته) لان رقبة المسيل مجهول لان مقدار ما يشغله الماء من الارض يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده وموضعه جاز وان اريد بالمسيل التسييل فان كان على السطح كان حق التعلى وقد مر بطلانه وان كان على الارض كان مجهولا بجهالة محله (وصحا) اى البيع والهبة (فى الطريق) لان رقبة الطريق معلوم وان لم يبين فقدر بعرض باب الدار فيجوز فيه البيع والهبة ففى بيع حق المرور روايتان وجه البطلان انه ليس بمال ووجه الصحة الاحتياج اليه وهو حق معلوم متعلق بعين باق وصح بيع حق المرور تبعا للارض بالاجماع ووحده فى رواية (ولا) يجوز (بيع شخص على انه امة فاذا هو عبد) وكذا عكسه استحسانا والقياس جوازه وهو قول زفر لان الاختلاف بالذكورة والانوثة اختلاف بالوصف لانهما وصفان فى الحيوان واختلاف الوصف يوجب الخيار لا الفساد كما فى البهائم وجه الاستحسان ان الذكر والانثى من بنى آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت فى المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الامة الاستخدام داخل الدار كالاستفراش والاستخدام وغيرهما فباختلاف المقاصد صارا جنسين مختلفين (ولو باع كبشا فاذا هو نعجة صح ويخير) وجه الصحة لانه لا تفاوت فى المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك فالانثى والذكر يصلحان لذلك وكان جنسا واحدا فتعلق العقد بالمشار اليه اعلم ان مختلف الجنس يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف المسمى والمشار اليه لان التسمية ابلغ فى التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات والتسمية لاعلام الماهية وهو امر زائد على اصل الذات فكان ابلغ فى التعريف ويحتاج فى مقام التعريف الى ما هو ابلغ فيه فكانت الاشارة اولى بالاعتبار فى متحدى الجنس لان المسمى موجود فى المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فامكن الجمع بينهما بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للتعريف فثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف مختلفى الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس بتابع فلا يمكن ان يجعل احدهما تبعا للاخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الاصل فى العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال كما فى التبيين (ولا) يجوز (شراء ما باع) البائع او وكيله من سلعة اوغيرها (باقل مما باع) من الثمن (قبل نقد) كل (الثمن) الاول او بعضه وان بقى من ثمنه درهم كما فى السراج صورتها باع جارية مثلا بالف

حالة اونسيئة فقبضها المشترى ثم اشتراها البايع من المشترى قبل نقد الثمن الاول بالاقل فالبيع الثانى فاسد عندنا و قال الشافعى يجوز وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه باى قدر كان من الثمن كما اذا باعه من غير البايع اومنه بمثل الثمن الاول او باكثر او بعرض او باقل بعد النقد وانما منعنا جوازه استدلالا بقول عايشة الصديقة رضى الله تعالى عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة بئس ماشريت واشتريت ابلغى زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل فى ضمانه فاذا وصل اليه المبيع وقعت المقاصة بقى له فضل بلاعوض بخلاف ما اذا باع بعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وانما ترك فاعل الشراء ليشتمل شراء من لاتقبل شهادته للبايع كالاصول والفروع ومكاتبه فهو ايضا بمنزلة شراء البايع عند الامام خلافا لهما فى غير العبد والمكاتب وكذا الحكم لو باعه وكالة عن غيره او اشتراه بطريق الوكالة لغيره اذا كان هو البايع ومحل كلامه شراء الكل او البعض وخرج شراء وارث البايع ووكيله عند الامام خلافا لهما واما شراء البايع ممن اشترى من مشتريه او الموهوب له او الموصى له فجائز اتفاقا وقيد بما باع لان المبيع اذا انتقص وتغير بعيب جاز ولابد من عدم الجواز من اتحاد جنس الثمن فان اختلف جاز مطلقا والدراهم والدنانير جنس واحد هنا (وكذا شراؤه) اى لايجوز شراء ماباع البايع او وكيله حال كون ماباع (مع غيره بثمنه الاول قبل نقده ويصح فى الغير بحصته) صورتها باع جارية بخمسمأة وقبضها المشترى ثم اشتراها وجارية اخرى معها قبل نقد الثمن بخمسمأة فان الشراء فى التى لم يبعها منه صحيح فى الاخرى وهى التى باعها منه فاسدا لانه لا بد ان يجعل الثمن بمقابلة التى لم يبعها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع ضرورة ولايسرى الفساد لضعفه لانه مجتهد فيه فيقتصر على محله فلايتعداه كما فى الجمع بين عبد ومدبر (ولايجوز شراء زيت) وهو دهن الزيتون (على ان يزنه بظرفه) اى بشرط وزنه معه (وان يطرح عنه) اى عن الزيت (لكل ظرف مقدار معين) كخمسين رطلا لان هذا شرط لايقتضيه العقد لان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف فاذا طرح مقدار خمسين رطلا مثلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف او اقل الا اذا عرف وزنه خمسون رطلا فحينئذ يجوز (وان شرط طرح مثل وزن الظرف يصح) لانه شرط يقتضيه العقد (وان اختلفا) اى البايع والمشترى (فى الظرف وقدره) فقال المشترى الظرف هذا وهو عشرة ارطال وقال البايع غير هذا وهو خمسة ارطال (فالقول للمشترى) مع يمينه لانه ان اعتبر اختلافا فى تعيين الظرف المقبوض كما هو الظاهر وقدر الزيت فالقول له لانه قابض والقول للقابض امينا كان او ضمينا و ان اعتبر اختلافا فى قدر الثمن فكذا القول له لانه ينكر الزيادة ولايتحالفان لان اختلافهما فى الثمن ثبت تبعا لاختلافهما فى الزق والاختلاف فى الزق لايوجب التحالف لانه ليس بمعقود به ولامعقود عليه فكذا الاختلاف فيما ثبت تبعا لان حكم التبع لا يخالف حكم الاصل (ولو امر مسلم ذميا ببيع خمر او شرائها صح) اى يجوز توكيل المسلم ذميا ببيع الخمر و بشرائها عند الامام لان الوكيل فيما وكل به يتصرف تصرف الاصل لاهليته لالنيابته وانتقال الملك الى الآمر حكمى فلايمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما (خلافا لهما) لان عندهما لايجوز اذ الوكيل نائب عن موكله فما تصرف فيه عائد اليه فكانه شريه كما شريه وذا لايجوز فيما نحن فيه اذ لاولاية للمسلم فى بيعها ولا فى شرائها والتوكيل مبنى على الولاية فيما وكل به غيره وعلى هذا الخلاف الخنزير وقد روى عن الامام تكره اشد مايكون من الكراهة ثم ان كان خمرا يخللها و ان خنزيرا يسيبه (وكذا) اى على هذا الخلاف (او امر المحرم غيره ببيع صيده) الذى اصطاده قبل الاحرام يجوز التوكيل عند الامام خلافا لهما (ولو شرى كافر عبدا مسلما او مصحفا صح ويجبر على اخراجهما من ملكه) اى من ملك الكافر دفعا للذل من جهته وقال الشافعى

لايجوز اذ لا امن جهة مملوكيتها للكافر قيد بالشراء لان الكافر استأجر مسلما للخدمة جاز اتفاقا ولكن يكره (والبيع بشرط يقتضيه العقد صحيح كشرط) كون (الملك للمشترى) وشرط تسليم المشترى الثمن وشرط تسليم البايع المبيع لان مثل هذا الشرط لايزيد شيئا بل يؤكد موجب العقد (وكذا) يصح (بشرط لايقتضيه) العقد (ولانفع فيه لاحد) من المتعاقدين و المبيع المستحق للنفع بان يكون آدميا (كشرط ان لايبيع الدابة المبيعة) بان قال بعت هذه الدابة منك على ان لا تبيعها او تسيبها فى المرعى لان هذا الشرط لايؤدى الى النزاع و لايحتمل الربوا لعدم النفع الزائد فيصح العقد و يبطل الشرط وهو ظاهر من المذهب وعن ابى يوسف انه يفسد البيع قيل هذا مثال لعدم النفع للعاقدين مع منفعة للمعقود عليها لكن ليست من اهل الاستحقاق وكذا يصح بشرط ملايم للعقد كشرط ان يرهنه المشترى شيئا معينا او يعطيه كفيلا معينا لان هذا لايفسد بل يؤكد و ان كانا غير معينين يفسد ان للمنازعة وكذا يصح بشرط لايلايم العقد لورود النص على جوازه كالخيار والاجل رخصة و تيسيرا (ولو) كان البيع (بشرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين) اى البايع والمشترى (اولمبيع يستحق) بالنفع بان يكون آدميا (فهو) اى هذا البيع (فاسد) لما فيه من زيادة عرية عن العوض فيكون ربوا وكل عقد شرط فيه الربوا يكون فاسدا و فى شرح المجمع انما يفسد البيع بشرط اذا ذكره بكلمة على واما اذا ذكره بحرف الشرط كما اذا قال بعت ان كنت تعطنى كذا فالبيع باطل (كبيع عبد على ان يعتقه المشترى او يدبره او يكاتبه او) كبيع (امة على ان يستولدها) المشترى لان هذه شروط لايقتضيها العقد وفيه منفعة للمعقود عليه فيفسد به (فلو اعتقه) اى العبد (المشترى) بعد ما اشتراه بشرط العتق (عاد البيع صحيحا) استحسانا (فيلزم) على المشترى (الثمن) عند الامام (وعندهما لايعود صحيحا (فتلزم) على المشترى (القيمة) وهو القياس لان العقد فسد بالشرط اعتق اولم يعتق فلايعود صحيحا كما اذا تلف بوجه آخر وهو رواية عن الامام وجه الاستحسان ان الشرط وان لم يلايم العقد لذاته لكن شرط العتق من حيث الحكم يلايمه لانه منه للملك و الشئ بانهائه يتقرر ولهذا لايمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم تحقق الملايمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملايمة فترجح جانب الجواز فيعود صحيحا وفى الحقايق الخلاف فيما اذا اعتقه المشترى بعد القبض واما قبله فلايصح الاعتاق (وكشرط ان يستخدمه) اى العبد (البايع شهرا او يسكنها) اى الدار المبيعة (اولايسلمه) اى المبيع (الى رأس الشهر) متعلق بيسكنها ولا يسلمه على طريق التنازع (اويقرضه المشترى درهما او يهدى له) المشترى (هدية) هذه امثلة شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع للبايع (او) كشرط (ان يقطع البايع الثوب ويخيطه قباء وقميصا او يحذو النعل) يعنى اواشترى جلدا على ان يحذوه البايع نعلا للمشترى يقال حذا لى نعلا اى عملها (او يشركه) اى النعل من التشريك وهو وضع الشراك على النعل وهو السير الذى على ظهر القدم كذا فى المغرب هذه امثلة شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع للمشترى فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطة فى بيع وان لم يكن فى مقابلته شئ فهو اعارة مشروطة فيه وقد ورد النهى عن صفقة فى صفقة (ويصح فى النعل استحسانا) للتعامل لان التعامل يرجح على القياس لكونه اجماعا عمليا والقياس عدم الجواز و هو قول زفر (ولايجوز بيع امة الاحملها) لان ما لايصح افراده بالعقد لايصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وتمامه فى الهداية (ولا) يجوز (البيع الى النيروز) وهو اول يوم من نزول الشمس فى برج الحمل وابتداء ربيع (والمهرجان) وهو اول يوم من نزول الشمس فى الميزان و ابتداء خريف (وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يعلم العاقدان) مقدار (ذلك) المذكور من النيروز والمهرجان

وصوم النصارى وفطر اليهود لان النيروز والمهرجان لايتعينان الابظن وممارسة بعلم النجوم فربما يقع الخطاء فيكون مجهولا فيؤدى الى النزاع وكذا صوم النصارى وفطر اليهود يكونان مجهولا لان النصارى يبتدؤن ويصومون خمسين يوما فيفطرون فيوم صومهم مجهول واما فطرهم بعد ما شرعوا فى صومهم فمعلوم فلاجهالة فيه ولافساد واليهود يصومون من اول شهر الى تمام عشرين من شهر آخر ثم يفطرون فيوم صومهم وفطرهم مجهولان لاختلافهما باختلاف عدة شهر هذا لم يعرف العاقدان هذه الآجال وكذا اذا لم يعرف احدهما اما اذا كان ذلك معلوما عندهما فيجوز البيع لعدم النزاع (ولايجوز البيع الى الحصاد) بفتح الحاء المهملة وكسرها وقت قطع الزرع (والدياس) بكسر الدال المهملة وقت وطى الدواب الحنطة وغيرها (والقطاف) بكسر القاف والفتح لغة فيه وقت قطع العنب من الكرم (والجزاز) بكسر الجيم وفتحها وقت جز الصوف من ظهر الغنم وقيل جزاز النخل وفى الهداية بالزاى وذكر الزيلعى انه بالذال المعجمة عام فى قطع الثمر وبالمهملة خاص فى النخل (وقدوم الحاج) اى وقت مجيء الحاج وانما لم يجز البيع الى هذه المذكورات لعدم تيقن اوقاتها لانها تتقدم وتتأخر (وتصح الكفالة الى هذه الاوقات) لكون الجهالة يسيرة لان الكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة فى اصل الدين اذ تجوز الكفالة بمال غير معين ففى الوصف اولى وفى التسهيل وفى النذر يتحمل الجهالة ولو فاحشة بخلاف البيع فانه لايتحملها فى اصل الثمن فكذا فى وصفه قيد بهذه الاوقات لانه لو كفل الى هبوب الريح فهى باطلة لانها متفاحشة (فان اسقط من له) الاجل (الاجل المفسد) للبيع (قبل حلوله) اى قبل مجيء الاجل المفسد وقبل التفرق (صح) البيع لزوال المفسد وهو النزاع قبل دخول وقته مع ان الجهالة ليست فى صلب العقد بل فى شرط زائد فيمكن اسقاطه خلافا لزفر والشافعى اذ العقد عندهما بعد فساده لاينقلب صحيحا اصلا وقيدنا بقولنا قبل التفرق لانه لو تفرقا قبل الابطال تأكد الفساد ولاينقلب صحيحا اتفاقا كما فى شرح المجمع (وكذا لو باع مطلقا) عن هذه الآجال (ثم اجل الى هذه الاوقات) فانه يصح لان هذا تأجيل الدين لا الثمن فالدين هنا فى التحمل بمنزلة الكفالة وفى القنية باع بالف نصفه نقد ونصفه الى رجوعه من زمستان فهو فاسد والفتوى على انصرافه الى شهر كما فى البحر (ومن باع نصيبه من دار يجوز) البيع (ان علم) اى النصيب منها (المتعاقدان) على مقدار نصيبه شرط عند الامام لان الجهالة تفضى الى المنازعة فلايجوز (خلافا لابى يوسف) فان عنده يجوز مطلقا سواء علما اولا لانهما رضيا بالجهالة فلا تفضى الى المنازعة (ويكفى علم المشترى عند محمد) لان جهالة المبيع تضره لا البائع فيشترط علمه وكذا شراء الدار بفنائها فاسد عند الامام لجهالة المقدار خلافا لابى يوسف

﴿فصل﴾

لما ذكر البيع الفاسد والباطل ذكر حكمهما عقيبهما لان حكم الشيء اثره واثر الشيء يتبعه وجودا وكذا يتبعه ذكرا للمناسبة (قبض المشترى المبيع بيعا باطلا باذن بايعه لا يملكه) لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال والمبيع الباطل لايعد مالا وفى الفرائد ان قوله قبض لو قرئ على لفظ الفعل المبنى للفاعل يلزم ان يكون حرف الشرط محذوفا تقديره ولو قبض ويكون قوله لايملكه جوابه والاحسن ان يقرأ مصدرا مرفوعا على الابتداء مضافا الى المشترى ويكون قوله لا يملكه على صيغة المبنى للفاعل من التفعيل خبره والضمير البارز راجعا الى المشترى وفاعله المستكن فيه راجعا الى القبض انتهى لكن لايخلو عن التعسف فيه والاولى قوله يملكه جواب الشرط المحذوف بقرينة التقابل وهو قوله ولو قبض المبيع بيعا باطلا الى آخره تدبر (وهو) اى المبيع (امانة فى يده عند البعض) فلايضمن لو هلك فى يد المشترى لان العقد غير معتبر فبقى القبض باذن المالك فيكون امانة فى يده (ومضمون عند البعض) الاخر لانه ادنى حالا من المقبوض (على سوم الشرى وقبل

الاول) اى كونه امانة (قول الامام والثانى) اى كونه مضمونا (قولهما خالفا) اى اخذ صاحب القيل كون الاول قوله والثانى قولهما (من الاختلاف فيما لو بيع مدبر او ام ولد فمات فى يد مشتريه حيث لا يضمن عنده خلافا لهما) ففهم صاحب القيل ان كل مبيع بيعا باطلا فهو على هذا الخلاف فقال الاول قوله والثانى قولهما (ولو قبض المبيع بيعا فاسدا باذن بايعه صريحا) كقبض المشترى المبيع بامره فى المجلس او بعده على الرواية المشهورة (او دلالة كقبضه فى مجلس عقده) ولم ينهه البايع عنه قبل الافتراق (وكل) اى والحال ان كل واحد (من) المبيع والثمن (عوضيه) اى البيع (مال) خرج بهذا القيد البيع الباطل ولاشك ان الباطل خرج اولا فى البيع الفاسد فلا حاجة الى اخراجه ثانيا وقال صاحب البحر اللهم الا ان يقال ان بعض البيوع الباطلة اطلقوا عليها اسم الفاسد فربما يتوهم ان المبيع فيها يملك بالقبض فصرح بما يخرجها انتهى لكن هذا يكون جوابا لما وقع فى الكنز ولا يكون جوابا لما فى هذا المتن لان المصنف بين اولا حكم البيع الباطل ثم شرع فى بيان حكم الفاسد فلا يقال هنا ان المراد بالفاسد ما هو الباطل او اعم بل هو مستدرك تدبر (ملكه) اى المقبوض بالبيع الفاسد وقال الشافعى البيع الفاسد لا يفيد الملك بالقبض قيد به لانه بدون القبض لا يفيد الملك اتفاقا لان السبب ضعيف لا يفيد الملك اذا لم يتقو بالقبض كالهبة وقيد باذن البايع لان القبض لو لم يكن باذنه لا يفيد الملك اتفاقا وانما ذكر الاذن دون الرضى لانه لا يشترط فى بعض افراده كبيع المكره كما لا يخفى وللشافعى انه بيع محظور فلا يكون سببا للملك الذى هو نعمة ولنا ان البيع الفاسد مشروع باصله لانه مبادلة مال بمال فيفيد الملك بهذا الاعتبار (ولزمه) اى المشترى بواو الاعتراض لا العطف على ملكه كما فى القهستانى (اهلاكه) اى وقت هلاك المبيع فى يد المشترى (مثله) اى المبيع (حقيقة) اى صورة ومعنى فى ذوات الامثال كالكيلى والوزنى (او مثله معنى كالقيمة) اى قيمة (فى القيمى) كالحيوان والعرض وفيه اشارة الى ان المبيع لو كان موجودا رد بعينه والى ان العبرة للقيمة يوم القبض والى انه ملكه بقيمته ولو ازدادت قيمته فى يده فاتلفه لم يتغير كالغصب وعند محمد يوم الاستهلاك لانه بالاتلاف يتقرر عليه قيمته فتعتبر قيمته الا اذا زادت من حيث العين لا السعر فانه يوافق الشيخين فالقول فى القيمة للمشترى مع يمينه لكونه منكر الضمان والبينة للبايع (ولكل منهما فسخه قبل القبض) اى لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ قبل قبض المشترى ما دام المبيع فى ملكه بلا علم الصاحب على ما قال ابو يوسف وانما عندهما علمه كما فى الفصولين لكن فى الكافى انه شرط عندهم والاولى فى مكان اللام كلمة على فان اعدام الفساد واجب حقا للشرع كما فى القهستانى فعلى هذا قال الزيلعى ان اللام بمعنى على انتهى لكن لا حاجة اليه لانه حكم آخر وانما مراده بيان ان لكل منهما ولاية الفسخ دفعا لتوهم انه ملك بالقبض تأمل (وبعد) اى بعد القبض (مادام) المبيع (فى ملك المشترى اذا كان الفساد فى صلب العقد كبيع درهم بدرهمين) اى ينفرد احدهما بالفسخ ايضا لقوة الفساد (وان كان) الفساد (بشرط زائد كشرط ان يهدى له هدية) مثلا (فكذا) ينفرد كل بالفسخ (قبل القبض) وعلى ما حققناه اندفع ماقيل من ان كلامه فيما بعد القبض لان حكم ما قبل القبض مر آنفا فلا وجه لقوله فكذا قبل القبض تدبر (واما بعده فالفسخ لمن له الشرط) بحضرة صاحبه ولا يشترط فيه قضاء القاضى (لا لمن عليه الشرط) وهذا عند محمد لان العقد قوى والفساد ضعيف فمن له منفعة الشرط يقدر ان يسقط شرط الهدية فيبقى العقد صحيحا لرفع المفسد فاذا فسخ من عليه المنفعة فقد بطل حق الغير وعند الشيخين لكل واحد من العاقدين الفسخ حقا للشرع لا حقا لهما ولا حقا لاحدهما حيث رضيا بالعقد كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان ذكر المصنف فى هذه المسئلة فى صورة الاتفاق لا يخلو عن ركاكة بل يلزم التفصيل تأمل (ولا يأخذه) اى المبيع (البايع) بعد الفسخ (حتى يرد

ثمنه) اى ثمن المبيع الى المشترى لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (فان مات البايع) بعد
فسخ البيع (فالمشترى احق به) اى بحبس ما اشتراه (حتى يأخذ ثمنه) فليس للورثة ولا للغرماء
حبس الثمن حتى يأخذ المبيع ذكر الثمن مقام القيمة لانعدام الفساد بالفسخ ولا يدخل المبيع فى قسمة
غرماء البايع لان المشترى مقدم حال حيوته وكذا يقدم بعد وفاته على التجهيز والغرماء فيأخذ المشترى
دراهم الثمن بعينها لو قائمة و يأخذ مثلها لو هالكة ولو مات المشترى فالبايع احق من سائر الغرماء
(وطاب للبايع ربح ثمنه) من دراهم المبيع اودنانيره (بعد التقابض) اى اشتراك البايع والمشترى
فى قبض المبيع والثمن لتملكه ولم يطب قبله لعدم تملكه (لا) اى لا يطيب (للمشترى ربح مبيعه
فيتصدق) المشترى (به) اى بالربح وجوبا والفرق ان المبيع مما يتعين فتعلق العقد به فيتمكن الخبث
فيه والنقد لايتعين فى العقود فلم يتعلق العقد الثانى بعينه فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا
فى الخبث الذى سببه فساد الملك اما الخبث بعدم الملك كالغصب عند الطرفين يشمل النوعين لتعلق
العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لايتعين شبهة من حيث انه تتعلق به سلامة المبيع اوتقدير الثمن وعند
فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازل
عنها وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند
زفر والشافعى لايطيب فى الكل كما فى الهداية وغيرها وقال صدر الشريعة فان قيل ذكر فى الهداية
فى المسئلة السابقة ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها المشترى بعينها لانها تتعين بالتعيين
فى البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب فهذا يناقض ماقلتم من عدم تعين الدراهم قلنا
يمكن التوفيق بينهما بان لهذا العقد شبهتين شبهة الغصب وشبهة البيع فاذا كانت قائمة اعتبر
شبهة الغصب سعيا فى رفع العقد الفاسد واذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيئا يعتبر شبهة البيع حتى
لايسرى الفساد الى بدله كما ذكرنا من شبهة الشبهة وفى الدرر ان ما ذكره صدر الشريعة لايفيد
التوفيق بين كلامى الهداية وانما يفيد دليلا للمسئلة لايرد عليه ما يرد على الهداية فالوجه ما قال فى
العناية انه انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهى انها لاتتعين لا على الاصح وهى ما مر انها تتعين
فى البيع الفاسد انتهى يمكن الدفع بوجه آخر بان المراد فى العقود العقود الصحيحة لان المطلق
ينصرف الى الكامل فحينئذ عدم التعين سواء كان فى المغصوب اوثمن المبيع بالبيع الفاسد انما هو
فى العقد الثانى فلا يضر تعينه فى الاول فعلى هذا ينبغى ان يكون جواب صاحب العناية بلا حصر
تدبر وفى الفرائد كلام صدر الشريعة يفيد دفع التناقض لان حاصل التناقض ان صاحب الهداية
قال فيما سبق الثمن فى البيع الفاسد يتعين بالتعيين وفى هذه المسئلة لايتعين وحاصل الدفع ان التعين
بالتعيين فى حالة قيام الثمن وعدم التعين فى حالة عدمه ولا يتحقق التناقض الا اذا اتحد الجهتان
انتهى هذا وجه لكنه خلاف ما صرحوا به لانهم قالوا ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها
بعينها لانها تتعين بالتعيين على رواية ابى سليمان وهو الاصح وفى رواية ابى حفص لا تتعين
كما فى العناية وغيرها فبهذا علم ان هذا التوجيه ليس بدافع تدبر (كما طاب ربح مال ادعاه فقضى) اى
قضى المدعى عليه ذلك المال (ثم تصادقا) اى المدعى والمدعى عليه (على عدمه) اى عدم
وجوب المال المدعى (فرد) المال (بعد ما ربح فيه المدعى) لان المال المؤدى يكون بدل الدين
الذى هو حق المدعى باقرار المدعى عليه اذ المرأ يؤاخذ باقراره حكما فيصير المدعى بابداله ما اخذ
فاذا تصادقا على عدم الدين صار المدعى كانه استحق الدين فيلزم ان يكون الدين ملكا بالبيع الفاسد
لان المبيع هنا فاسد فى حق البدل وهو غير قائمة فلا يؤثر الخبث فيما لايتعين بالتعيين (فان باع المشترى
ما شراه شراء فاسدا صح) بيعه لانه بيع ما دخل فى ملكه بالقبض فينفذ فيه تصرفه قيد صاحب
التنوير بيعه بانا صحيحا ولغير بايعه لانه لو باعه فاسدا لايمنع النقض كالبيع الذى فيه الخيار لانه ليس

بلازم ولانه لوباعه من باعه كان نقضا للبيع هذا فى العقد الذى فساده ليس بالاكراه لانه لوكان فاسدا
بالاكراه فان تصرفات المشترى كلها تنقض وقيد المصنف بالشراء الفاسد احترازا عن الاجارة
الفاسدة لما فى جامع الفصولين قيل ليس للمستأجر فاسدا ان يواجره من غيره اجارة صحيحة وقيل
يملكها بعد قبضه كمشتر فاسدا له البيع جائزا وهو الصحيح لان للمواجر الاول نقض الثانية لانها
تفسخ بالاعذار (وكذا لو اعتقه) اى اعتق المشترى شراء فاسدا العبد بعد قبضه صح وكان
الولاء له وكذا توابع الاعتاق من التدبير والاستيلاد والكتابة الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب
(او وهبه وسلمه) اى اذا وهبه المشترى وسلمه ارتفع الفساد وصح (وسقط) بكل من البيع
والاعتاق والهبة بالتسليم (حق الفسخ) الذى كان للبايع لان المشترى ملك المبيع بالقبض فنفذ
فيه تصرفاته المذكورة وينقطع به حق البايع فى الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ لحق
الشرع وما اجتمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته وغناء الله تعالى (وعليه)
اى على المشترى (قيمته) لما مر انه مضمون بالقبض والرهن كالبيع لانه لازم فيثبت عجزه عن رد
العين فتلزمه القيمة الا انه يعود حق الاسترداد بفكه وكذا لو اوصى بالمبيع المشترى ثم مات سقط الفسخ
فتلزمه القيمة (ولو بنى) المشترى (فى دار اشتراها فاسدا او غرس فيها فعليه قيمتها) اى قيمة الدار
والارض وينقطع حق الاسترداد عند الامام رواه يعقوب باشا عنه فى الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك
فى رواية (وقالا ينقض) المشترى (البناء والغرس) ويرد الدار والغرس على هذا الاختلاف
لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق
البايع ثم اضعف الحقين لايبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد
حصل بتسليط من جهة البايع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه
التسليط ولهذا لايبطل بهبة المشترى وبيعه فكذا ببنائه (وشك ابو يوسف فى رواية لمحمد عن
الامام لزوم قيمتها) اى قيمة الدار (ولم يشك (محمد) فى روايته له عن الامام لزوم قيمتها وهذه المسئلة
من المسائل التى انكر ابو يوسف روايتها عن الامام وقد نص محمد على الاختلاف فى كتاب الشفعة
فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البايع بالبناء وثبوته على الاختلاف وفى الفصولين ولو وقفه
او جعله مسجدا لايبطل حقه ما لم يبن وفى البحر ينبغى ان يحمل على ما قبل القضاء به اما اذا قضى به
فانه يرتفع الفساد للزومه والظاهر ان ما فى الفصولين تبعا للعمادى ليس بصحيح فقد قال الخصاف
لو اشترى ارضا بيعا فاسدا وقبضها ووقفها وقفا صحيحا وجعل اخرها للمساكين فقال الوقف فيها
جائز وعليه قيمتها للبايع انتهى لكن قال قاضيخان لو باع ارضا بيعا فاسدا فجعله المشترى مسجدا
لايبطل حق الفسخ ما لم يبن فى ظاهر الرواية فان بناه بطل فى قول الامام وغرس الاشجار بمنزلة
البناء وكذا لو وقفها لايبطل حق الفسخ ما لم يبن انتهى فعلى هذا ان ما فى الفصولين على الرواية
الظاهرة وما قاله الخصاف على غيرها وما قاله صاحب البحر من انه ليس بصحيح غير صحيح تدبر ولما
كان المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكنه شعبة من شعبه الحق بالفاسد واخره عنه فقال (وكره
النجش) بفتحتين وبسكون الجيم ايضا ان يزيد الثمن باكثر من ثمن المثل ولا يريد الشراء لترغيب
غيره ويجرى فى النكاح وغيره لقوله صلى الله عليه وسلم لاتناجشوا * اى لاتفعلوا ذلك وانما قيدنا
باكثر من ثمن المثل لان المشترى اذا طلب باقل من ثمن المثل فلا بأس ان يزيد الاخر فى الثمن الى ان يبلغ
ثمن المثل وان لم يرد الشراء (و) كره (السوم) اى الاستشراء بثمن كثير (على سوم غيره)
اى استشراء غيره بثمن قليل (اذا رضيا) طرف السوم (بثمن) معلوم ولم يبق بينهما الا العقد
لقوله عليه الصلاة والسلام ولايستام الرجل على سوم اخيه ولايخطب على خطبة اخيه وهو نفى
فى معنى النهى فيفيد المشروعية قيد بقوله اذا رضيا لانهما اذا لم يتراضيا فلا يكره لانه بيع من يزيد

(و) كره (تلقي الجلب) اي استقبال من في المصر جلبا بفتحتين او السكون اي مجلوبا من طعام او حيوان او غيره (المضر) صفة لتلقي (باهل البلد) للنهي عنه واما اذا لم يضر باهل البلد بان لم يكونوا محتاجين اليه فلا بأس به الا اذا لبس (سعر البلد على الواردين فاشتري) منهم بارخص منه فانه يكره (و) كره (بيع الحاضر للبادي طمعا في غلاء الثمن زمن القحط) اي يكره بيع البلدي من البدوي في زمان القحط علفه وطعامه طمعا في ثمن متجاوز الحد ❊ لقوله عليه الصلاة والسلام لا يبيع الحاضر للبادي ❊ وللضرر باهل البلد وايضا يكره بيع البلدي لاجل البدوي في البلد كالسمسار فيغالي السعر على الناس ولو تركه وباعه بنفسه للزم الرخصة في السعر ولم يقع اهل البلد في العسر اللام في للبادي اما بمعنى التمليك او بمعنى الاجل فلهذا صور بوجهين قيد بقوله في زمن القحط لانه في الرخص غير مكروه (والبيع عند اذان الجمعة) ❊ لقوله تعالى وذروا البيع ❊ ولان فيه اخلالا بواجب السعي اذا قعد للبيع او وقف له واطلقه فشمل ما اذا تبايعا وهما يمشيان اليها وما في النهاية من عدم الكراهة مشكل لاطلاق الاية ثم المعتبر هو النداء الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار (لا) يكره (بيع من يزيد) هذا تصريح لما علم ضمنا لانه يفهم من قوله وكره السوم على سوم غيرها اذا رضيا بثمن فاذا لم يتراضيا فلا كما مر آنفا (وصح البيع في الجميع) اي في جميع ما ذكر من قوله وكره النجش الى هنا لان الكراهة لا تمنع الانعقاد (ومن ملك مملوكين صغيرين) او كبيرا احدهما (وصغيرا) آخر اللذين (احدهما) مبتدأ خبره (ذو رحم محرم من الاخر) والجملة صفة لمملوكين (كره له ان يفرق بينهما) قبل البلوغ بالبيع والهبة ونحوها والاصل فيه ❊ قوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ❊ ووهب النبي عليه الصلوة والسلام لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعلت بالغلامين فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ❊ ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان احد الصغيرين له والاخر لصغيره لا بأس ببيع واحد منهما (بدون حق مستحق) اي لو كان التفريق بحق مستحق عليه لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به كما في الهداية (ويصح البيع) هنا ايضا لان النهي لمعنى في غيره وهو ما فيه من ايحاش الصغير فلا يوجب الفساد لكن يأثم البايع لارتكابه المنهي (خلافا لابي يوسف في قرابة الولاد) حيث قال يفسد البيع فيه ويجوز في غيرها (في رواية) عنه (و) يفسد (في الجميع) في رواية (اخرى) وبه قال زفر والائمة الثلثة لان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينفذ والنهي لمعنى مجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد (فان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق) لان النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح في الصغير فلا يلحق به غيره وفي الجوهرة وكما يكره من التفريق بالبيع يكره في القسمة في الميراث والغنائم هذا كله اذا كان المالك مسلما واما اذا كان كافرا فلا يكره

﴿باب الاقالة﴾

الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فاعقب ذكرها اياهما وهي لغة الرفع مطلقا من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه البعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة ❊ لقوله عليه الصلاة والسلام من اقال نادما بيعته اقاله الله عثرته يوم القيمة ❊ ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه بحاجتهما كما في العناية وشرعا رفع عقد البيع غير السلم فانه ليس بفسخ (تصح)

الاقالة (بلفظين احدهما مستقبل) هذا بيان ركنهما وهو الايجاب والقبول الدالان عليها وشرط ان يكونا بلفظين ماضيين او احدهما مستقبل و الاخر بماض كاقلنى فقد اقلتك عند الشيخين كالنكاح (خلافا لمحمد) فان عنده يشترطان يعبر بهما عن المضى كالبيع وفى الخانية ذكر مع قول محمد قول الامام حيث قال ولا تصح الاقالة بلفظ الامر فى قولهما لكن فى الجوهرة وغيرها قد جعلوا قول الامام مع ابى يوسف فلهذا عول عليه المص فى المتن (وتتوقف) الاقالة (على القبول فى المجلس) فكما يصح قبولها فى مجلسها نصا بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل كما فى اكثر الكتب فعلى هذا وقال واو فعلا كما فى التنوير لكان اولى تدبر (كالبيع) حتى لو قبل الاخر بعد زوال المجلس او بعد ماصدر عنه فيه ما يدل على الاعراض كما سبق فى البيع لاتتم الاقالة (وهى) اى الاقالة (بيع جديد فى حق غير العاقدين اجماعا) فيجب بالاقالة الاستبراء فى الجارية لو كان المبيع جارية وتقايلا فانه حق الله تعالى لانها بيع جديد فى حق غيرهما وهو الله تعالى وتجب الشفعة فى العقار لكونها بيعا جديدا فى حق غيرهما وهو الشفيع و يجب التقابض لو كان البيع السابق صرفا ولا تسقط الزكوة اذا شرى بعروض التجارة عبد الخدمة بعد الحول ثم رد بالعيب بغير قضاء فاسترد العروض فهلكت فى يده فانه بيع فى حق الفقير كما فى القهستانى وزاد صاحب المنح اذا باع المشترى المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان فى يد البايع فاراد ان يرده على البايع ليس له ذلك لانه بيع فى حقه كانه اشتراه من المشترى منه وكذا اذا كان موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع فى هبته لان الموهوب له فى حق الواهب كالمشترى من يد المشترى منه واذا اشترى شيئا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشترى فاشتراه منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن جاز وكان فى حق البايع كالمملوك بشراء جديد من المشترى الثانى (وفى حقهما) اى حق العاقدين (بعد القبض فسخ) للعقد ان امكن عند الامام لانها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل فى الكلام ان يحمل على حقيقته فلا يحمل على البيع لانه ضدها اذ هى عبارة عن الرفع والازالة والبيع عن الاثبات فتعين البطلان فى الحمل على البيع واما كونها بيعا فى حق غيرهما فمنوى اذ يثبت به حكم البيع وهو الملك فيلزمه الثمن الاول جنسا ووصفا وقدرا و يبطل ماشرطه من الزيادة و النقصان والتأجيل ولا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع ويصح ان يبيع منه قبل استرداد المبيع ولو كانت بيعا لبطل ويصح استرداد المبيع بلا اعادة الكيل والوزن وجاز هبة المبيع منه بعد الاقالة قبل القبض (فان تعذر جعلها فسخا) بان زادت المبيعة بعد القبض زيادة منفصلة او هلك المبيع فى غير المقايضة (بطلت) الاقالة عنده لتعذر الفسخ هذا اذا تقايلا بعد القبض وان كانت قبل القبض فهى فسخ فى حق الكل فى غير العقار (وعند ابى يوسف) والشافعى فى القديم ومالك (هى بيع) فى حق المتعاقدين فلو زادت المبيعة بعد القبض زيادة منفصلة تجوز الاقالة عنده لانها تمليك من الجانبين لعوض مالى و هو المبيع والعبرة للمعانى دون الالفاظ المجردة (فان تعذر) جعلها بيعا بان كانت قبل القبض فى المنقول او كانت بعد هلاك احد العوضين فى المقايضة (ففسخ) لانها موضوعة له او يحتمله (فان تعذر) جعلها فسخا وبيعا بان كانت قبل القبض فى المنقول باكثر من الثمن الاول او باقل منه او بجنس آخر او بعد هلاك السلعة فى غير المقايضة (بطلت) الاقالة عنده و يبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا خلافه (وعند محمد) والشافعى فى الجديد وزفر (فسخ) ان كانت بالثمن الاول او باقل لان اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم اقلنى عثراتى فيعمل بمقتضاه (فان تعذر) جعلها فسخا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة او تقايلا بعد القبض بخلاف جنس الاول (فبيع) حملا على محتمله ولهذا صار بيعا فى حق غيرهما العدم ولايتهما

عليه (فان تعذر) جعلها بيعا و فسخا بان تقايلا فى المنقول قبل القبض على خلاف جنس
الاول (بطلت) الاقالة ويبقى البيع الاول على حاله لان الفسخ لايكون على خلاف الثمن الاول
والبيع لايجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض
الثمن وهو لوسكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض و فى النهاية الخلاف فيما ذكر
الفسخ بلفظ الاقالة و لو ذكره بلفظ المفاسخة او المتاركة او الرد لايجعل بيعا اتفاقا اعمالا
بمقتضى موضوعه اللغوى (و) الاقالة (قبل القبض فسخ فى النقلى وغيره) اى فى المنقول
والعقار عند الطرفين و عند ابى يوسف فى العقار بيع جديد اذ لامانع فى جعلها بيعا فيه وهى تمليك
من الجانبين كامر ثم ذكر بعض الفروع بقوله (فلو شرط فيها) اى الاقالة (اكثر من الثمن الاول
اوخلاف الجنس بطل الشرط ولزم الثمن الاول) عند الامام لان الاقالة فسخ وهو لايكون الا
على الثمن الاول فيصير ذلك الشرط فاسدا ولغوا دون الاقالة لما مر ان الاقالة لاتفسد بالشرط
الفاسد بخلاف البيع وقال صاحب المنح وتصح الاقالة بمثل الثمن الاول وتصح بالسكوت عن الثمن الاول
ويجب الثمن الاول بلاخلاف الا اذا باع المتولى الوصى للوقف اوللصغير شيئا باكثر من قيمته اواشتريا
شيئا للوقف او للصغير حيث لاتجوز اقالته وان كان بمثل الثمن الاول رعاية لجانب الوقف وحق
الصغير (وعندهما يصح الشرط لو كانت) الاقالة (بعد القبض وتجعل) الاقالة (بيعا) جديدا
لان الاصل هو البيع عند ابى يوسف وعند محمد ان تعذر الفسخ فجعلها بيعا ممكن فاذا ازاد اوشرط
خلاف الجنس كان قاصدا البيع (وان شرط) اقل من الثمن الاول (من غير تعيب) عند المشترى
(لزم) الثمن (الاول ايضا) عند الطرفين (وعند ابى يوسف تجعل بيعا ويصح) الشرط لان
البيع هو الاصل عنده (وان تعيب) المبيع عند المشترى و شرط اقل من الثمن الاول بناء على العيب
صح الشرط اتفاقا فتجوز الاقالة باقل من الثمن الاول فيجعل الحط بازاء مافات بالعيب (ولاتصح)
الاقالة (بعد ولادة المبيعة) عند الامام لما مر ان المبيعة اذا زادت زيادة منفصلة تكون الاقالة
باطلة عنده اما المنفصلة قبل القبض والمتصلة بعد القبض فلا تمنع الاقالة عنده (خلافا لهما)
لان البيع هو الاصل عند ابى يوسف وعند محمد الاصل اذا تعذر جعلها فسخا تجعل بيعا (فلا يمنعها)
اى الاقالة (هلاك الثمن بل) يمنعها (هلاك المبيع) لانها رفع البيع والاصل فيه المبيع ولهذا اذا
هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف هلاك الثمن (وهلاك بعضه) اى بعض المبيع (يمنع) الاقالة
(بقدره) اعتبار البعض بالكل وفى التنوير واذا هلك احد البدلين فى المقاوضة صحت الاقالة فى الباقى
منهما و على المشترى قيمة الهالك ان قيميا و مثله ان مثليا تقايلا فابق العبد من يد المشترى وعجز
عن تسليمه تبطل وان اشترى عبدا فقطعت يده واخذ ارشها ثم تقايلا صحت الاقالة ولزمه جميع
الثمن ولاشئ للبائع من ارش اليد اذا علم وقت الاقالة وان لم يعلم يخير بين الاخذ بجميع الثمن و بين الترك
و تصح اقالة الاقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلاها اى الاقالة ارتفعت و عاد عقد الاقالة لا اقالة السلم
فانه لايصح

﴿باب المرابحة والتولية﴾

لما فرغ مما يتعلق بالاصل و هو المبيع من البيوع
اللازمة وغير اللازمة ومايرفعها شرع فى بيان الانواع التى تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية
وغيرهما (المرابحة بيع ماشراه) وفى الدرر بيع ماملكه لم يقل بيع المشترى ليتناول ما اذا ضاع
المغصوب عند الغاصب و ضمن قيمته ثم وجده حيث جاز له ان يبيعه مرابحة وتولية على ماضمن
وان لم يكن فيه شراء (بماشراه به) اى بمثل ما قام عليه كما فى الدرر ثم قال ولم يقل بثمنه الاول لان
ما يأخذه من المشترى ليس بثمنه الاول بل مثله فبهذا علم ان فى عبارة المصنف تسامحا (وزيادة)
على ماقام عليه وان لم يكن من جنسه وسبب جواز البيع مرابحة تعامل الناس بلانكير واحتياج
الغبى الى الزكى مع ان الغرض من المبيعات الاسترباح (والتولية) مصدر ولى غيره اذا جعله واليا

وفى شرح (بيعه) اى بيع ماملكه (به) اى بمثل ما قام عليه وفى عبارة المصنف تسامح ايضا لان ماشراه وهو الثمن الاول صار ملكا للبايع فلا يمكن البيع به وفيه ايضا اشتباه لما سيجئ من ان اجرة الصبغ وغيره تضم الى الثمن الاول فلا يكون الثانى مثلاله فى المقدار فيكون المراد بمثل الثمن الاول بما قام عليه كما فى شرح المجمع فعلى هذا لو قال المصنف كما قال صاحب الدرر لكان اولى فلا يحتاج الى هذا التكلف تدبر (بلا زيادة ولا نقص) والمراد بقوله بيعه بيع العرض لان المرابحة والتوليه لا تجوزان فى بيع الصرف وعلة جواز البيع تولية ماروى ان ابابكر رضى الله تعالى عنه اشترى بعيرين فقال له النبى عليه الصلاة والسلام ولنى احدهما اى بعه بالتوليه (والوضيعة بيعه بالنقص منه) اى مما قام عليه ومبناها على الامانة لان المشترى يأتمن البايع فى خبره معتمدا على قوله فيجب على البايع التنزه عن الخيانة والتجنب عن الكذب لئلا يقع المشترى فى غرور (ولا يصح ذلك) اى كل من التولية والمرابحة والوضيعة (مالم يكن الثمن الاول مثليا) كالدرهم والدينار والكيلى والوزنى لانه لو لم يكن مثليا كاشياء متفاوتة كالحيوانات والجواهر يكون مرابحة بالقيمة وهى مجهولة لان معرفتها لا يمكن حقيقة فلا يجوز بيعه مرابحة وتولية الا اذا كان المشترى مرابحة ممن يملك ذلك البدل من البايع بسبب من الاسباب ومن ثمه قال (او كان فى ملك من يريد الشراء و) يكون (الربح معلوما) لانتفاء الجهالة وعبارة المجمع لا يصح ذلك حتى يكون العوض مثليا اومملوكا للمشترى اوالربح مثلى معلوم انتهى وفى البحر وتقييد الربح بالمثلى اتفاقى لجواز ان يرابح على عين قيمته مشارا اليها ولذا قال فى الفتح اوبربح هذا الثوب وقيد بكونه معلوما للاحتراز عما اذا باعه ده يازده اى بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح درهمين وان كان ثلثين كان ثلثة دراهم لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال كما فى الهداية وغيرها (ويجوز ان يضم الى رأس المال اجرة القصارة والصبغ) سواء كان اسود او غيره (والطراز) بكسر الطاء وبالراء المهملتين وآخره زاى معجمة علم الثوب (والفتل) بفتح الفاء مايصنع باطراف الثياب حريرا وكان (والحمل) اى اجرة حمل المبيع من مكان الى مكان برا او بحرا (وسوق الغنم والسمسار) لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار الاصل فيه ان كل ما يزيد فى المبيع او قيمته كالصبغ والحمل يلحق به ومالا فلا وقيد بالاجرة لانه لو فعل شيئا من ذلك بيده لا يضمه وكذا لو تطوع متطوع بهذه او باعارة وكذا يضم تجصيص الدار وطى البئر وكرى الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار وفى البحر نقلا عن المحيط يضم طعام المبيع الا ما كان سرفا وزيادة فلا يضم وكسوته وكراه واجرة المخزن الذى يوضع فيه واما اجرة السمسار والدلال فقال الزيلعى ان كانت مشروطة فى العقد يضم والا فاكثرهم على عدم الضم فى الاول ولا تضم اجرة الدلال بالاجماع انتهى وهو تسامح فان اجرة الاول تضم فى ظاهر الرواية وفى الدلال قيل لا تضم والمرجع العرف كما فى الفتح (لكن يقول) بعد ضم اجرة هذه الاشياء (قام على بكذا لا) يقول (شريته) بالاجماع تحرزا عن الكذب وكذا اذا قوم الموروث ونحوه يقول ذلك وكذا اذا رقم على الثوب شيئا وباعه برقمه فانه يقول رقمه كذا (ولا يضم نفقته) اى نفقة نفسه اى البايع (ولا) يضم (اجر الراعى والطبيب والمعلم وبيت الحفظ لعدم العرف بالحاقه اطلق فى التعليم فشمل تعليم العبد صناعة او قرأنا او شعرا او غناء او عربية وفى المبسوط اضاف نفى ضم المنفق فى التعليم الى انه ليس فيه عرف ظاهر حتى لو كان ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال كما فى الفتح ولذا لا يلحق اجرة الرايض والبيطار والفداء فى الجناية وجعل الآبق لندرته والحجامة والختان لعدم العرف وكذا لا يضم مهر العبد ولا يحط مهر الامة لو زوجها والذى يؤخذ فى الطريق بطرائق الظلم لا يضم الا فى موضع جرت به

العادة (فان ظهر للمشترى خيانة) البايع (فى المرابحة) اما بالبينة او باقرار البايع او بنكوله عن اليمين وهو المختار وقيل لايثبت الا باقراره (خير) المشترى (فى اخذه بكل ثمنه) وهو المسمى (او تركه) اى المبيع ان امكن الترك (و) ان ظهر الخيانة (فى التولية يحط) اى المشتري (من ثمنه قدر الخيانة) عند الامام (وهو) الحط (القياس فى الوضيعة) يعنى اذا خان خيانة ينفى الوضيعة اما اذا كانت خيانة يوجد الوضيعة معها فهو بالخيار وهذا قياس قول الامام لانه لو اعتبر ما سماه من الثمن لما بقى تولية لانه زائد على الثمن الاول فينقلب مرابحة بخلاف المرابحة لانه لو اعتبر فيه المسمى لايلزم الانقلاب بل مرابحة كما كانت فاعتبر المسمى مع الخيار فى خيانة المرابحة فوت الرضاء ولم يعتبر فى خيانة التولية لئلا تنقلب مرابحة فتعين الحط فى خيانة التولية (وعند ابى يوسف يحط فيهما) اى فى المرابحة والتولية (قدر الخيانة مع حصتها) اى حصة الخيانة (من الربح فى المرابحة) مثلا اذا قال اشتريت هذا الثوب بعشرة فباعه مرابحة بخمسة عشر ثم ظهر ان البايع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة وهو درهمان ويحط من الربح ما يقابل قدر الخيانة وهو درهم واحد فيأخذ الثوب باثنى عشرة درهما اذ لفظ التولية والمرابحة اصل فيبتنى على العقد العقد الاول ليتحقق الاصل الذى هو التولية والمرابحة (وعند محمد يخير) بين اخذه بكل الثمن وتركه (فيهما) اى فى المرابحة والتولية اذ الثمن المبنى على شرائه مجهول والثمن المسمى معلوم والمعلوم اولى من المجهول فاعتبر فيهما المسمى الا انه يخير لما مر من عدم الرضى (فلو هلك) المبيع بعد ظهور الخيار فى المرابحة (قبل الرد) الى البايع (او امتنع الفسخ) بحدوث ما يمنع الرد (لزم كل الثمن) المسمى وسقط الخيار (اتفاقا) قال فى الهداية يلزم جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لايقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه انتهى وفى الكافى وعن محمد ان المشترى يرد قيمة المبيع ويرجع على البايع بثمن سلمه اليه بناء على اصله فى اقامة القيمة مقام المبيع فى التحالف انتهى فعلى هذا ان قوله اتفاقا ليس فى محله تدبر (ومن شرى شيئا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم شراه) هذا الثوب (ثانيا بعشرة يرابح على خمسة) يعنى يبيعه مرابحة على خمسة ويقول قام على بخمسة (وان شراه ثانيا بخمسة لايرابح) يعنى اذا استغرق الربح الثمن لايبيعه مرابحة اصلا عند الامام (وعندهما يرابح على الثمن الاخير مطلقا) سواء استغرق الربح الثمن كما فى الثانية اولا كما فى الاولى لان الاخير عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشترى من اجنبى ثم باعه الاجنبى من البايع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وله ان شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثانى ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا ولهذا لايجوز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيه كما فى التبيين وفى البحر نقلا عن المحيط ان ما قاله الامام اوثق وما قالا ارفق (وان اشترى مأذون مديون بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر او بالعكس) بان اشترى المولى بعشرة مثلا وباعه من عبده المأذون المستغرق بالدين بخمسة عشر (يرابح) السيد فى الاولى والعبد فى الثانية (على عشرة) فيقول قام على بعشرة لان هذا العقد وان كان صحيحا فى نفسه فيه شبهة العدم لان العبد ملكه وما فى يده لايخلو عن حقه فاعتبر عدما فى حق المرابحة وبقى الاعتبار للبيع الاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى فى الفصل الثانى فيعتبر الثمن الاول والمكاتب كالمأذون لوجود التهمة بل كل من لاتقبل شهادته له كالاصول والفروع واحد الزوجين واحد المتفاوضين كذلك وخالفاه فيما عدا العبد والمكاتب وتقييده بالمديون اتفاقى ليعلم حكم غيره بالاولى لوجود ملك المولى فى اكسابه كما فى البحر وفيه كلام لان التقييد ليس باتفاقى بل لتحقق الشراء قال

الفقيه ابو الليث فان كان العبد لا دين عليه فاشراه الثانى باطل لان العبد اذا كان لادين عليه
فاله لمولاه كما فى اكثر الكتب تدبر هذا اذا لم يبين اما ان بين انه اشتراه من عبده المأذون او من
مكاتبه او بين انهما اشتريا من المولى يجوز بيعهم مرابحة كما فى النقاية فعلى هذا لو قال الا ان يبين
لكان اولى (والمضارب بالنصف اوشرى) بمال المضاربة شيئا (بعشرة وباع من رب المال بخمسة
عشر يرابح رب المال على اثنى عشر ونصف) فيقول قام على باثنى عشر ونصف هذا عندنا
لان كل واحد منهما يستفيد ملك اليد بهذا العقد وان لم يستفد ملك الرقبة فيعتبر العقد مع شبهة
العدم لان المضارب وكيل عن رب المال فى البيع الاول من وجه فيجعل البيع الثانى عدما فى حق نصف
الربح وعند زفر لايجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب منه لانعدام الربح لان الربح يحصل
اذا بيع من الاجنبى اذ البيع تمليك مال بمال غيره وهو يشترى ماله بماله (ويرابح) من يريد المرابحة
(بلا بيان) اى من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن فتعيب عنده اما بيان نفس العيب
القائم به فلا بد منه لئلا يكون غاشا له لحديث الصحيح ❊ من غش فليس منا ❊ كما فى البحر (لو اعورت
المبيعة) بآفة سماوية او بصنع المبيعة (او وطئت وهى) والحال انها (ثيب) ولم ينقصها الوطء
سواء كان الواطئ مولاها او غيره ولذا اتى بصيغة المجهول (او اصاب الثوب قرض فأر) اى
قطع فأر (او حرق نار) لان جميع ما يقابله الثمن قائم اذ الفائت وصف فلا يقابله شئ من الثمن
اذا فات بلا صنعه ولذا لو فات فى يد البائع قبل قبض المشترى لايسقط باعتباره شئ من الثمن الا ان
المشترى بالخيار اخذه بكل الثمن او تركه وكذا منافع البضع لايقابلها الثمن وعند زفر وهو قول
الشافعى ورواية عن ابى يوسف يجب البيان لاجل النقصان فى صورة الاعورار اما فى صورة
وطئ الثيب فلا خلاف وقال ابو الليث وقول زفر اجود وبه نأخذ ورجحه فى الفتح وعن محمد انه
ان نقصه قدرا لايتغابن الناس فيه لايبيعه مرابحة بلا بيان ودل كلامه انه لو نقص بتغير السعر
بامر الله لايجب عليه ان يبين بالاولى انه اشتراه فى حال غلائه وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه
او توسخ كما فى البحر (وان فقئت عينها) بمباشرة الغير سواء فقأها المولى او الاجنبى بامر المولى
او بدونه (او وطئت وهى بكر) سواء كان الواطئ مولاها او غيره (او تكسر الثوب من طيه ونشره
لزم البيان) اى يبيعه مرابحة بشرط ان يبين العيب حيث احتبس عنده جزء بعض المبيع وهو
العذرة والعين لان ازالة العذرة واخراج العين عند كونها فى ملكه فلا يملك بيع الباقى بكل الثمن
مرابحة وتولية اذ الاوصاف اذا صارت مقصودة بالاتلاف صار بها حصة من الثمن بلا خلاف
اما اذا فقأها الاجنبى فيجب البيان اخذ ارشها او لا لانه لما فقأ الاجنبى اوجب عليه ضمان الارش
ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه فما وقع فى الهداية من التقييد بقوله واخذ
المشترى ارشه اتفاقى كما فى الفتح وانما قلنا بمباشرة الغير لانه اذا فقأ بفعل نفس المبيع فهو بمنزلة
ما لو تعيب بآفة سماوية (وان اشترى بنسيئة ورابح بلا بيان خير المشترى) اى من اشترى ثوبا
بعشرة نسيئة وباعه بربح واحد حالا ولم يبين ذلك فعلم المشترى خيانته يصير مخيرا ان شاء رده
وان شاء قبله لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد فى الثمن لاجل الاجل والشبهة فى هذا
ملحقة بالحقيقة احتياطا فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما (فان اتلفه) اى
المشترى المبيع (ثم علم لزم كل ثمنه) المسمى اذ ليس له الولاية الرد ولا رد مع الاتلاف ولو عبر بالتلف
لكان اولى لان حكم الاتلاف يعلم من حكم التلف بالاولى بخلاف العكس كما فى البحر (وكذا التولية)
يعنى لو اشترى بنسيئة وولاه بلا بيان ثم علم المشترى الخيانة خير لان الخيانة فى التولية مثلها فى المرابحة
لابتنائها على الثمن الاول كما فى الفرائد وغيره لكن ينبغى ان يعود قوله وكذا التولية الى جميع ما ذكره
للمرابحة فلابد من البيان فى التولية ايضا كما فى البحر (ولو اشترى ثوبين صفقة كل بخمسة كره بيع احدهما

مرابحة بخمسة بلابيان) اى من غير بيان انه اشتراه بخمسة مع ثوب آخر لان الجيد قد يضم الى الردى لترويجه وهذا عند الامام وقالا لايكره قيد بثوبين لان المشترى لوكان ممايكال او يوزن او يعد يجوز بلاكراهة اتفاقا وقيد بقوله صفقة لانه لوكانا بصفقتين يجوز ايضا اتفاقا وقيد بكلا بخمسة اذلو بين ثمن كل واحد منهما لايكره اتفاقا وقيد بخمسة لانه لو باعه بالزائد لايجوز اتفاقا وقيد المرابحة ليس للاحتراز عن التولية لانها فى الحكم كذلك بل لانه لو باعه مطلقا لايكره اتفاقا (ومن ولى) اى باع شيئا بالتولية (بماقام عليه) او بما اشتراه (ولم يعلم مشتريه قدره) بكم قام عليه فى المجلس (فسد) البيع لجهالة الثمن وكذا المرابحة (وان علمه) اى علم المشترى قدره (فى المجلس خير) بين اخذه وتركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس فان علم بعد التفرق يتقرر الفساد وفى التنوير لارد بغبن فاحش فى ظاهر الرواية وبفتى بالرد ان غره والا وتصرفه فى بعض المبيع غير مانع منه

فصل

فى بيان البيع قبل قبض المبيع والتصرف فى الثمن بالزيادة والنقصان وغير ذلك وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها فى بابها الاستطراد باعتبار تقييدها بقيد زائد على البيع المجرد (لايصح بيع المنقول قبل قبضه) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع مالم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك بخلاف هبته والتصدق به واقراضه قبل القبض من غير البايع فانه صحيح عند محمد على الاصح خلافا لابى يوسف واما كتابة العبد المبيع قبل القبض موقوفة وللبايع حبسه بالثمن وان نقده نفذت كما فى التبيين ولاخصوصية لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف واما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز بدليل صحة تزويج الابق واما الوصية به قبل القبض فصحيحة اتفاقا واطلاق البيع شامل للاجارة والصلح لانه بيع وقيد بالمنقول لانه لوكان مهرا اوميراثا او بدل الخلع او العتق عن مال او بدل الصلح عن دم العمد يجوز بيعه قبل القبض بالاتفاق والاصل ان كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز ومالا فجائز كما فى البحر (ويصح فى العقار) اى يصح بيع عقار لايخشى هلاكه قبل قبضه عند الشيخين (خلافا لمحمد) وهو قول زفر والشافعى عملا باطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول ولهما ان ركن البيع صدر عن اهله فى محله ولا غرر فيه لان الهلاك بالعقار نادر حتى اذا تصور هلاكه قبل القبض لايجوز بيعه بان كان على شط النهر اوكان المبيع علوا فعلى هذا اوقيد بلايخشى هلاكه قبل القبض كما قيدنا لكان اولى تدبر بخلاف المنقول والغرر المنهى غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز وانما عبر بالصحة دون النفاذ واللزوم لان النفاذ واللزوم موقوفان على نقد الثمن او رضاء البايع والا فللبايع ابطاله بخلاف ما لايقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد كما فى البحر (ومن اشترى كيليا) كيلا اى بشرط الكيل (لايجوز له) اى للمشترى (بيعه ولا اكله حتى يكيله) ثانيا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل ولاحتمال الغلط فى الكيل الاول اذ ربما ينقص او يزيد فالزيادة للبايع فيصير التصرف فى مال الغير حراما فيجب الاحتراز لكونه ربوا بخلاف ما اذا اشترى مجازفة لان الكل له ولم يذكر فساد البيع ونص فى الجامع الصغير على فساده وفى الفتح نقلا عن الجامع الصغير لواكله وقد قبضه بلاكيل لايقال انه اكله حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه اثم لتركه ما امر به من الكيل وكان هذا الكلام اصلا فى سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها فاكلها وقد تقدم انه لايحل اكل ما اشتراه فاسدا وهذا يبين ان ليس كل مالايحل اكله اذا اكله ان يقال فيه اكل حراما (وكفى كيل البايع بعد العقد بحضرته) اى بحضرة المشترى لان المبيع صار معلوما به وتحقق التسليم (هو الصحيح) رد لما قيل شرط كيلان كيل البايع بعد العقد بحضرة المشترى وكيل المشترى

قبل التصرف فيه قيد ببعد العقد و بحضرة المشترى لانه اذا كاله قبل العقد مطلقا و بعده فى غيبة المشترى لايكون كافيا كما فى البحر (ومثله) اى مثل الكيلى (الوزنى والعددى) غير الدراهم والدنانيراى لابيعه ولا يأكله حتى يزنه او يعده ثانيا ويكفى ان وزنه او عده بعد البيع بحضرة المشترى وفى المجتبى لواشترى المعدود عدا كالموزون حرمت الزيادة عليه هذا عند الامام فى اظهر الروايتين وعنه انه كالمذروع وهو قولهما لانه ليس من الربويات فعلى هذا يلزم للمصنف التفصيل تدبر وانما قيدنا بغير الدراهم والدنانير لانهما يجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كما فى الايضاح هذا كله فى غير بيع التعاطى اما هو فلايحتاج الى وزن المشترى ثانيا وان صار بيعا بالقبض بعد الوزن وفى الخلاصة وعليه الفتوى (لاالمذروع) اى لايحرم بل يجوز بيعه والتصرف فيه قبل اعادة الذرع بعد القبض لان الزيادة له اذ الذراع وصف فى الثوب واحتمال النقص انما يوجب خياره وقد اسقط ببيعه بخلاف المقدر وفى التبيين هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلايحل له التصرف فيه حتى يذرع (وصح التصرف فى الثمن) ببيع وهبة واجارة ووصية وتمليك ممن عليه بعوض وغير عوض (قبل قبضه) سواء كان مما لايتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من حنطة جاز ان يأخذ بدله شيئا آخر لان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعين اى فى النقود بخلاف المبيع كما فى العناية وغيرها لكن المدعى عام وهو التصرف فى الثمن قبل القبض جائز مطلقا سواء كان مما لايتعين او مما يتعين كما مر والدليل وهو انتفاء غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين فيكون الدليل اخص من المدعى تدبر (الحط منه) اى صح حط البايع بعض الثمن ولو بعد هلاك المبيع لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لايستلزم ثبوت مايقابله فيثبت الحط فى الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وفيه اشارة الى ان حط كل الثمن غير ملتحق بالعقد اتفاقا (و) صح (الزيادة فيه) اى فى الثمن (حال قيام المبيع) ان قبل البايع فى المجلس حتى لو زاده فلم يقبل حتى تفرقا بطلت الزيادة كما فى الهداية وغيرها فعلى هذا لو قيد به لكان اولى لانه مما لابد منه (لابعد هلاكه) اى المبيع فى ظاهر الرواية اذ لو هلك المبيع او تغير بتصرف المشترى فيه حتى خرج عن اطلاق اسمه عليه كبر طحن او خرج عن محلية المبيع كعبد دبر لاتجوز الزيادة اذ ثبوتها ملحوظ فى مقابلة الثمن وهو غير باق على حاله فلم يتصور التقابل فيه (وكذا) صح (الزيادة فى المبيع) ولزم البايع دفعها ان قبل المشترى ذلك لانه تصرف فى حقه وملكه ويلتحق بالعقد فيصير حصة من الثمن حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لايسقط شئ بهلاكها قبل القبض وكذا اذا زاد فى الثمن عرضا كما لو اشتراه بمائة وتقابضا ثم زاده المشترى عرضا قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد فى ثلثه ولايشترط للزيادة هنا قيام المبيع فتصح بعد هلاكه بخلاف الزيادة فى الثمن كما فى البحر وقال يعقوب باشا وههنا كلام وهو ان الظاهر من الكافى ان الزيادة بعد تلف المبيع سواء كانت فى الثمن او فى المبيع تصح فى رواية ولاتصح فى ظاهر الرواية لان الزيادة تغير العقد من وصف الى وصف فتستدعى قيام العقد وقيامه بقيام المبيع وذكر فى بعض شروح الجامع الصغير ان الزيادة فى المبيع او الثمن انما تجوز اذا كان المبيع قائما ولاتجوز لو كان المبيع هالكا فبين هذا و بين ما ذكرنا منافاة فليتأمل فى التوفيق (ويتعلق الاستحقاق بكل ذلك) اى استحقاق البايع والمشترى بكل الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وقال صدر الشريعة ويمكن ان يراد انه اذا استحق مستحق المبيع او الثمن فالاستحقاق يتعلق بجميع مايقابله من المزيد والمزيد عليه فلايكون الزائد صلة مبتدأة كما هو مذهب زفر والشافعى انتهى واعترض عليه صاحب الدرر بانه لايمكن ذلك لان مدار هذا الاستحقاق على الدعوى والبينة

فان ادعى المستحق مجرد المزيد عليه واثبته اخذه وان ادعاه مع الزيادة واثبته اخذه وكذا ان ادعى الزيادة فقط ثم ان حكم الالتحاق يظهر فى التولية والمرابحة فليتأمل (فيرابح ويولى) هذا تفريع على صحة الزيادة والحط وعلى الحاقهما باصل العقد (على الكل ان زيد وعلى ما بقى ان حط) لان كلا من الزيادة والنقصان ملتحق باصل العقد فتعتبر المرابحة والتولية بالنسبة اليه (والشفيع يأخذ بالاقل فى الفصلين) اى فصل الزيادة على الثمن وفصل الحط عنه وان كان مقتضى الالحاق بالاصل ان يأخذ الكل فى صورة الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفى الزيادة ابطاله وليس لهما ابطاله (ومن قال بع عبدك من زيد بالف على انى ضامن كذا) اى مائة مثلا (من الثمن سوى الالف احد) اى مولى العبد (الالف من زيد والزيادة منه) اى من الضامن لان الزيادة المشروطة جعلت من الاصل (المقابل) للمبيع فكانه التزم ماورد عليه العقد من الثمن فيؤخذ منه (وان لم يقل من الثمن) والمسئلة بحالها (فالالف على زيد) لانه ثمن العبد (ولاشئ عليه) من الثمن على المقابل لانه لم يزد فان قيل فكيف لاشئ عليه وعبارته صريحة فى الضمان قلنا مبنى الكلام على انه قال بع عبدك من زيد بالف على انى ضامن سوى الالف فالضمان اذن غير متعلق بالثمن فلاشئ عليه من الثمن هذه المسئلة من تفاريع زيادة الثمن وفى ذكرها فائدة جوازها من الاجنبى ايضا ولهذا ذكرها المصنف فى هذا الباب ولقد اصاب ولم يذكر صاحب الهداية بل اوردها بعد السلم (وكل دين اجل باجل معلوم صح تأجيله) وان كان حالا فى الاصل لان المطالبة حقه فله ان يؤخره سواء كان ثمن مبيع اوغيره تيسيرا على من له عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا وكذا موقتا ولابد من قبوله ممن عليه الدين فلو لم يقبله بطل التأخير فيكون حالا ويصح تعليق التأجيل بالشرط كما فى البحر (الا القرض) استثناء من قوله وصح تأجيله اى فلا يصح تأجيله لكونه اعارة وصلة فى الابتداء ومعاوضة فى الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لايلزم التأجيل فيه كما فى الاعارة اذ لاجبر فى التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لايصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وفى الظهيرية القرض المجحود يجوز تأجيله وفصل صاحب التنوير مسئلة القرض لكثرة الاحتياج اليها فى المعاملات فقال القرض هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلى لرد مثله وصح فى مثلى لا فى غيره فصح استقراض الدراهم والدنانير وكذا مايكال او يوزن او يعد متقاربا فصح استقراض جوز وبيض ولحم استقرض طعاما بالعراق اخذه صاحب القرض بمكة فعليه قيمته بالعراق يوم اقترضه عند ابى يوسف وعند محمد يوم اختصما وليس عليه ان يرجع الى العراق فيأخذ طعامه ولو استقرض الطعام ببلدة فيه الطعام رخيص فلقيه المقرض فى بلدة فيه الطعام غال فاخذه الطالب بحقه فليس له ان يحبس المطلوب ويؤمر المطلوب بان يوثق به حتى يعطيه طعامه فى البلد الذى استقرض فيه استقرض شيئا من الفواكه كيلا او وزنا فلم يقبضه حتى انقطع فانه يجبر صاحب القرض على تأخيره الى مجئ الحديث الا ان يتراضيا على القيمة ويملك المستقرض القرض بنفس القبض عند الشيخين خلافا لابى يوسف اقرض صبيا فاستهلكه الصبى لايضمنه وكذا المعتوه ولو عبدا محجورا لايؤخذ به قبل العتق وهو كالوديعة استقرض من آخر دراهم فاتاه المقرض فقال المستقرض القها فى الماء فالقاها لاشئ على المستقرض والقرض لايتعلق بالجائز من الشروط فالفاسد فيها لايبطله ولكنه يلغو شرطه رد شئ آخر فلو استقرض الدراهم المكسورة على ان يؤدى صحيحا كان باطلا وعليه مثل ماقبض (الا فى الوصية) فهو استثناء من المستثنى يعنى اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة يجوز من الثلث ويلزم ولايطالب حتى تمضى المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها نظرا للموصى الا ترى انها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم (ولايصح التأجيل الى اجل مجهول متفاحش) الجهالة (كهبوب الريح) ونزول المطر مثلا (ويصح فى المتقارب كالحصاد ونحوه) كما جاز ذلك فى الكفالة

﴿باب الربوا﴾ وجه مناسبته للمرابحة ان في كل منهما زيادة الا ان تلك حلال وهذه حرام والحل هو الاصل في الاشياء فقدم مايتعلق بتلك الزيادة على مايتعلق بهذه والربوا بكسر الراء والقصر اسم من الربو بالفتح والسكون فلامه واو ولذا قيل في النسبة ربوى وفتحها خطاء وفي المصباح الربوا الفضل والزيادة وهو مقصور على الاشهر وليس المراد مطلق الفضل بالاجماع وانما المراد فضل مخصوص فلذا عرفه شرعا بقوله (هو فضل مال) اى فضل احد المتجانسين على الاخر بالمعيار الشرعى اى الكيل والوزن ففضل قفيزى شعير على قفيزى بر لايكون ربوا (خال) ذلك الفضل (عن عوض) قيد به ليخرج بيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير فان الثانى فضلا على الاول لكنه غير خال عن العوض بصرف الجنس الى خلاف جنسه بان يباع كر بر بكرى شعير و كر شعير بكرى بر (شرط) جملة فعلية صفة لفضل مال اى شرط ذلك الفضل (لاحد العاقدين) اى البايعين او المقرضين او الراهنين للاحتراز عما اذا شرط لغيرهما ولى الاصلاح في احد البدلين ولم يقل لاحد العاقدين لان العاقد قد يكون وكيلا وقد يكون فضوليا والمعتبر كون الفضل للبايع او للمشترى انتهى لكن عقد الوكيل عقد للموكل وعقد الفضولى يتوقف على قبول المالك فيصير العاقد حقيقة الموكل او المالك فلا حاجة الى التبديل تدبر (في معاوضة مال بمال) قيد بها للاحتراز عن هبة بعوض زائد ويدخل فيه ما اذا شرط فيه من الانتفاع بالرهن كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس واكل الثمر فان الكل ربوا حرام كما في القهستانى (وعلته) اى وجوب المماثلة التى يلزم عند فواتها الربوا وفي اصطلاح الاصول العلة ما يضاف اليه ثبوت الحكم بلا واسطة فخرج الشرط لانه لا يضاف اليه ثبوته والسبب والعلامة والعلة لانها بالواسطة (القدر) لغة كون شئ مساويا لغيره بلا زيادة ولا نقصان وشرعا التساوى في المعيار الشرعى الموجب للمماثلة الصورية وهو الكيل والوزن (والجنس) اى مع اتحاد الجنس في العوضين فالعلة مجموع الوصفين عندنا لان الاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة اى بيعوا مثلا بمثل او بيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل خبره ولما كان الامر للوجوب والبيع مباح صرف الوجوب الى رعاية المماثلة كما في قوله تعالى ﴿فرهان مقبوضة﴾ حيث صرف الايجاب الى القبض فصار شرط الرهن والمماثلة بين الشيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى معا والقدر يسوى الصورة كما بيناه والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل الذى هو الربوا ولا يعتبر الوصف لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم جيدها ورديها سواء (فحرم) تفريع على كون العلة القدر والجنس (بيع الكيلى او الوزنى بجنسه) كبيع الحنطة بالحنطة والذهب بالذهب مثلا (متفاضلا) لوجود الربوا في ذلك (او نسيئة) اى باجل لما في ذلك شبهة الفضل اذ النقد خير (ولو) وصلية (غير مطعوم) خلافا للشافعى فان علة الربوا عنده الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية (كالجص) من المكيلات (والحديد) من الموزونات والطعم غير معتبر عندنا (وحل) بيع ذلك (متماثلا مع التقابض او متفاضلا غير معين كحفنة بحفنتين) لانتفاء جريان الكيل ومادون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير للشرع بمادونه واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد نصف الصاع او اكثر والاخر لم يبلغه فلا يجوز كما في العناية (وبيضة ببيضتين وتمرة بتمرتين) وحاصله ان ما لا يدخل تحت المعيار وهو الكيل والوزن ما لقلته كالحفنة والحفنتين والتمرة والتمرتين واما لكونه عدديا لا يباع بالمعيار الشرعى كالبيضة والبيضتين والجوزة والجوزتين يحل البيع متفاضلا لعدم جريان القدر والمعيار فلا يوجد المساواة فلم يظهر الفضل وبقى على الاصل وهو الحل عندنا خلافا للشافعى

لوجود علة الحرمة وهى الطعم مع عدم المخلص وهو المساواة فيحرم لان الاصل عنده الحرمة (فان وجد الوصفان) اى الكيل اوالوزن مع الجنس (حرم الفضل) كقفيز بر بقفيزين منه (و) حرم (النسأ) ولو مع التساوى كقفيز بر بقفيز منه احدهما اوكلاهما نسيئة لوجود العلة (وان عدما) اى كل منهما (حلا) اى الفضل والنسأ لعدم العلة الموجبة المحرمة اذ الاصل الجواز والحرمة بعارض فيجوز مالم يثبت فيه دليل الحرمة (وان وجد احدهما فقط حل التفاضل) كما اذا بيع قفيز حنطة بقفيزى شعير يدا بيد حل الفضل فان احد جزئى العلة وهو الكيل موجود هنا دون الجزء الاخر وهو الجنسية وان بيع خمسة اذرع من الثوب الهروى بستة اذرع منه يدا بيد حل ايضا لان الجنسية موجودة دون القدر (لا النسأ) اى لا يحل النسأ فى هاتين الصورتين ولو بالتساوى وذلك لان جزء العلة وان كان لايوجب الحكم لكنه يورث الشبهة فى الربوا والشبهة فى باب الربوا ملحقة بالحقيقة لكنها ادون من الحقيقة فلابد من اعتبار الطرفين ففى النسيئة احد البدلين معدوم وبيع المعدوم غيرجائز فصار هذا المعنى مرجحا لتلك الشبهة فلا يحل وفى غير النسيئة لم تعتبر الشبهة لما قلنا ان الشبهة ادون من الحقيقة على ان الخبر المشهور وهو قول رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد يؤيد ما قلنا وعند الشافعى ان الجنس بانفراده لايحرم النسأ كما فى شرح الوقاية ثم فرعه بقوله (فلا يصح سلم هروى فى هروى) لوجود الجنس والنسأ فى المسلم فيه (ولا) سلم (بر فى شعير) لوجود القدر مع النسأ (وشرط التعيين والتقابض) فى المجلس (فى الصرف) لقوله عليه الصلوة والسلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه خذ يدا بيد والمراد به القبض كنى بها عنه لانها آلته (و) شرط (التعيين فقط فى غيره) فى غير عقد الصرف من الربويات ولا يشترط التقابض فى بيع الطعام بمثله عينا حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز عندنا خلافا للشافعى وانما قلنا بمثله اذ التفاضل لايجوز اتفاقا وانما قلنا عينا اذ لو لم يكن معينا لايجوز اتفاقا اما عندنا فلعدم العينية واما عنده فلعدم القبض وللشافعى قوله عليه الصلوة والسلام الطعام بالطعام يدا بيد ولانه لو لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض فيوجد فى القبض الاول مزية فيتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن فى التصرف فيه فيترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه الصلوة والسلام يدا بيد عينا بعين لما رواه عبادة بن الصامت كذا وتعاقب القبض لايعتبر تفاوتا فى مال عرفا بخلاف النقد والاجل (وما نص) على صيغة المجهول (على تحريم الربوا فيه كيلا فهو كيلى ابدا كالبر والشعير والتمر والملح و) وان نص (على تحريمه) اى تحريم الربوا فيه (وزنا فهو وزنى ابدا كالذهب والفضة ولو) وصلية (تعورف بخلافه) لان النص قاطع واقوى من العرف والاقوى لايترك بالادنى (وما لا نص فيه) اى فى كونه كيليا او وزنيا (حمل على العرف كغير الستة المذكورة) من البر الى الفضة لان الشرع اعتبر عادة الناس لقوله عليه الصلاة والسلام ما رأه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وقال الشافعى هو محمول على عادة اهل الحجاز فى عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم قلنا ذلك فى نصاب الزكوة والكفارات لان الامة اجتمعت على خلاف ذلك فى البياعات وعن ابى يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك بمكان العرف وقد تبدل فيتبدل حكمه وقال المولى سعدى استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف فى زماننا ينبغى ان يكون مبنيا على هذه الرواية ثم فرعه بقوله (فلا يجوز بيع البر بالبر متماثلا وزنا) لان البر كيلى شرعا لا وزنى (ولا) يجوز بيع (الذهب بالذهب متماثلا كيلا) لان الذهب وزنى لا كيلى وان تعارفوا ذلك لاحتمال الفضل على ما هو المتعارف فيه وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين

عند الشيخين (خلافا لمحمد) بيع الفلس بجنسه متفاضلا يحتمل وجوها الاول ان يكون كلاهما فى البيع معينا الثانى ان يكون المبيع معينا والثمن غير معين الثالث عكس الثانى الرابع ان يكون كل منهما غير معين والكل فاسد سوى الوجه الاول له ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لاتتعين فصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية فى حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما وتبطل باصطلاحهما واذا بطلت تتعين بالتعيين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة (ويجوز بيع الكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيف ما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لاينقض ليعود غزلا وقطنا والكرباس الثياب من اللحم والجمع كرابيس كما لو باع القطن بغزله فانه يجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس وهو قول محمد وقال ابو يوسف لايجوز الا متساويا وقول محمد اظهر وفى الحاوى وهو الاصح ولو باع قطنا غير محلوج بمحلوج جاز اذا علم الخالص اكثر مما فى الاخر والا لايجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذى فى القطن (و) يجوز (بيع اللحم بالحيوان) عند الشيخين (وعند محمد) وهو قول الشافعى (لايجوز بيعه) اى بيع اللحم (بحيوان جنسه حتى يكون اللحم اكثر مما فى الحيوان) ليكون اللحم بمقابلة ما فيه والباقى من اللحم بمقابلة السقط كالجلد والكرش والامعاء والطحال لانها جنس واحد ولهذا لايجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون وهو القياس ولهما ان الحيوان ليس لحمه بمال ولا ينتفع به انتفاع اللحم و ماليته معلقة بالزكوة فيكون جنسا آخر بخلاف الزيت والزيتون وهو الاستحسان قيد باللحم لانه لو باع احد الشاتين المذبوحتين الغير المسلوختين بالاخرى جاز اتفاقا بان يجعل لحم كل منهما بجلد الاخر ولو كانتا مسلوختين يجوز اذا تساويا وزنا ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز اتفاقا موضع الخلاف بيع اللحم من جنس ذلك الحيوان (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متماثلا كيلا) لامتفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما فى البر بالبر وقيده ابن الفضل بما اذا كانا مكبوسين والا لايجوز خلافا للشافعى لعدم الاعتدال فى دخوله الكيل لانه منكبس وممتلئ جدا وقوله كيلا احتراز عن الوزن لان فيه روايتين وعن الجزاف واشارة الى نفى قول الشافعى (لا) يجوز بيع الدقيق (بالسويق) اى اجزاء حنطة مقلية والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية (اصلا) اى لامتفاضلا ولا متساويا عند الامام لانه لايجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائها لقيام المجانسة وبيع المقلية والسويق متساويا جائز لاتحاد الاسم (خلافا لهما) اى فالايجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس ولكن يدا بيد لان القدر يجمعهما (ويجوز بيع الرطب بالرطب متماثلا) خلافا للشافعى (وكذا) يجوز (بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلا) عند الامام لان الرطب والتمر متجانسان بالذات لا بالصفات فيدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثل بمثل وان لم يتجانس على زعم المخالف يجوز ايضا لدخوله تحت قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد (خلافا لهما) لانتقاض الرطب بالجفاف وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف (وكذا) يجوز (بيع البر رطبا) بفتح الراء وسكون الطاء (اومبلولا بمثله اوباليابس و) بيع (التمر) والزبيب منقعين بمثلهما (متساويا) حال من الجميع يعنى يجوز بيع البر رطبا اومبلولا بمثله اوباليابس (و) بيع (التمر والزبيب منقعين بمثلهما متساويا) عند الشيخين لان حال المبيع معتبر وقت العقد فيعتبر التساوى فيه اختلف الصفة اولم تختلف (خلافا لمحمد) فى جميع ذلك لانه اعتبر التساوى فى الحال والمأل وترك ابو يوسف الاصل الذى هو تحقق التساوى حال العقد فى بيع الرطب بالتمر وكان مع محمد لحديث النبى عليه الصلاة والسلام انه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال النبى صلى الله تعالى عليه وسلم او ينقص اذا جف فقيل نعم قال لا اذا فبقى الباقى

على القياس (ويجوز بيع لحم حيوان بلحم حيوان غير جنسه متفاضلا) نقدا (وكذا اللبن) وعن الشافعي انهما جنس واحد لاتحاد المقصود فلا يجوز الا متساويا ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يضم بعضها الى بعض في الزكاة فكذا اجزاؤها وقيدنا بالنقد لان بيعه نسيئة غير جائز بالاتفاق (والجاموس مع البقر جنس واحد وكذا المعز مع الضأن والبخت مع العراب) فلا يجوز بيع لحم البقر بالجاموس متفاضلا لاتحاد الجنس بدليل الضم في زكوة للتكميل فكذا اجزاؤهما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضأن فانهما جنسان فان قلت لم جاز لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا مع انه جنس واحد ولم يتبدل بالصفة قلنا انما جاز لانه غير موزون عادة فلم يكن مقدارا فلم توجد العلة فحاصله ان الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود او بتبدل الصفة وفي الفتح ينبغي ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن في عادة اهل مصر بعظمه (ويجوز) بيع (خل العنب بخل الدقل) نقدا (متفاضلا) لانهما جنسان متغايران كاصلهما (وكذا شحم البطن بالالية او باللحم) اي يجوز بيعها متفاضلا وان كانت كلها من الضأن لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد (و) يجوز بيع (الخبز بالبر او الدقيق او السويق) متفاضلا لعدم التجانس لان الخبز وزني او عددي والبر كيلي بالنص ولم يجمعهما قدر وكذا بيع الخبز بالدقيق او السويق متفاضلا لما ذكرنا من عدم التجانس فلم توجد علة الربوا هذا اذا كانا نقدين واما اذا كان احدهما نسيئة سواء كان خبزا او برا او دقيقا فيجوز في صورة كون البر نسيئة عند الامام لانه اسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره قيل يفتى به ويجوز في صورة كون الخبز نسيئة عند ابي يوسف لانه اسلم في موزون وقيل يفتى به وعن هذا قال (وان) وصلية (كان احدهما نسيئة به يفتى) للتعامل وفي الحاوي ويجوز بيع اللبن بالجبن (ولا يجوز بيع الجيد بالردي) اذا قوبل بجنسه (مما فيه الربوا الا متساويا) لقول رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم جيدها ورديها سواء (وكذا) لا يجوز بيع (البسر بالتمر) لاطلاق التمر على البسر (ولا) يجوز بيع (البر بالدقيق او بالسويق او بالنخالة مطلقا) اي لا متساويا ولا متفاضلا لان المجانسة باقية من وجه باعتبار انها اجزاء الحنطة (ولا) يجوز (بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت) في صورة بيع الزيتون به (والشيرج) في صورة بيع السمسم به (اكثر مما في الزيتون والسمسم) وفيه اللف والنشر المرتب وهو ان يرجع الاول للاول والثاني للثاني (ليكون الزيادة بالثجير) بفتح الثاء المثلثة ثفل كل شيء يعصر اعلم ان البيع لا يجوز في ثلث صور الاولى ان يعلم ان الزيت الذي في الزيتون اكثر لتحقق الفضل من الدهن والثفل الثانية ان يعلم التساوي لخلو الثفل عن العوض الثالثة ان يعلم انه مثل او اكثر او اقل فلا يصح عندنا لان الفضل المتوهم كالمتحقق احتياطا وعند زفر جاز لان الجواز هو الاصل والفساد لوجود الفضل الخالي فما لم يعلم لا يفسد ويجوز البيع في صورة بالاجماع ان يعلم ان الزيت المنفصل اكثر ليكون بالفضل وكل شيء بثفله فيه اذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص اكثر كبيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه كما في البحر (ولا يستقرض الخبز اصلا) اي لا وزنا ولا عددا عند الامام للتفاوت الفاحش من حيث الطول والعرض والغلظ والدقة ومن حيث الخباز والتنور (وعند ابي يوسف يجوز) استقراضه (وزنا) لامكان التساوي في الوزن لا عددا للتفاوت في آحاده (وبه يفتى) وبه جزم صاحب الكنز وذكر الزيلعي ان الفتوى على قول ابي يوسف (وعند محمد يجوز عددا ايضا) للتعارف والتعامل وفي شرح المجمع الفتوى على قول محمد وفي الفتح وانا ارى قول محمد احسن لكونه ايسر وارفق (ولا ربوا بين السيد وعبده) لانه وما في يده ملكه اطلقه وقيد بعض الفضلاء بما اذا لم يكن دين مستغرق لرقبته وكسبه واما اذا كان مستغرقا فيجري الربوا بينهما اتفاقا لعدم الملك عنده للمولى في كسبه كالمكاتب

وعندهما اتعلق حق الغير لكن اذا لم يكن ما معه لمولاه بان كان مديونا سواء كان الدين لمولاه كالمكاتب اوالغيره فيتقرر البيع بينهما فيصير الحكم كحكم سائر البيوع ولذالم يفصل تدبروفي البحر ولاربوا بين المتفاوضين وشريكي العنان اذاتبايعا من مال الشركة وان كان من غيره جرى بينهما (و) لا ربوا (بين المسلم والحربي في دار الحرب) عند الطرفين خلافا لابي يوسف والشافعي اعتبارا بالمستأمن منهم في دارنا ولهما قوله عليه الصلاة والسلام لاربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذمالامباحا اذالم يكن غدرا بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان قال في التسهيل وغيره ويجوز الربوا عند الامام بين مسلم ومن آمن ثمه لعدم العصمة في مال من اسلم ثمه فصار كال الحربي ويجوز للمسلم اخذ مال الحربي برضاه ولهما انه ربوا جرى بين مسلمين فحرم وفيه كلام وهوان عدم العصمة ممنوع الايرى ان الغانمين لم يملكوا مافي يد من اسلم ثمه اذا ظهروا عليهم انتهى لكن يمكن الفرق بان بيع الشئ من الربويات بجنسه متفاضلا يكون برضاه بخلاف ما اذا ظهروا عليهم واخذوا مافي يد من اسلم ثمه لانهم اخذوا قهرا لا بالرضاء فافترقا تدبر

﴿باب الحقوق والاستحقاق﴾

كان من حق مسائل الحقوق ان يذكره في الفصل المتصل باول البيوع الا ان المصنف التزم ترتيب الهداية كما التزم صاحب الهداية ترتيب الجامع الصغير ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكرمسائل المتبوع الا ان صاحب الهداية ذكر مسائل الحقوق في باب على حدة ثم ذكرها مسائل الاستحقاق في باب آخر والمصنف ذكرهما في باب وليت شعري لم ترك اسلوبه والحقوق جمع حق وهو خلاف الباطل وهو مصدر حق الشئ من بابي ضرب وقتل اذا وجب وثبت ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها وتمامه في البحر فليراجع (يدخل العلو والكنيف في بيع الدار) وان لم يذكر بكل حق هولها ونحوه لان الدار اسم لما يدار عليه الحدود من الحائط و يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزائه فيدخل فيه من غير ذكر وكذا الكنيف داخل فيما اطلق عليه وان كان خارجا مبنيا على الظلة لانه يعد منها عادة وكذا يدخل بئر الماء والاشجار التي في صحنها والبستان الداخل واما الخارج فان كان اكثر منها اومثلها لا يدخل الا بالشرط وان كان اصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا والكنيف المستراح كما في البحر وفي العناية الدار لغة اسم لقطعة ارض ضربت لها الحدود وميزت عما يجاورها بادارة خط عليها فبنى على بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان وغيرذلك ولافرق بين ما اذا كانت الابنية بالماء والتراب او بالخيام والقباب (لا) تدخل (الظلة) في بيع الدار الظلة الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار والطرف الاخر على دار اخرى اوعلى اسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة كما في الفتح وفي البحر وغيره وفي الصحاح الظلة بالضم كهيئة الصفة وفي المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب انتهى لكن عمم في الاصلاح فقال اوعلى الاسطوانات في السكة سواء كان مفتحها الى الدار اولا ومن وهم انها السدة التي فوق الباب فقد وهم انتهى (الا بذكر كل حق هولها) اي للدار (اوبموا فقها) اي بذكر مرافقها وهي حقوقها اي بمنهالك بمرافقها (او بكل) حق (قليل اوكثير هوفيها اومنها) فحينئذ تدخل الظلة في بيعها عند الامام (وعندهما تدخل) اي الظلة من غير ذكر شئ مما ذكرنا ان كان مفتحها في الدار لانها من توابع الدار وله ان الظلة تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها على بناء الدار وليست بتابعة لها من حيث ان قرار طرفها الاخر على غير بنائها فلا يدخل بلا ذكر الحقوق وتدخل بذكرها عملا بالشبهين ولوكان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل في بيع الدار بلا ذكر الحقوق لانها تعد من الدار عادة . في الخانية ويدخل الباب الاعظم فيما باع بيتا اودارا بمرافقهما لان الباب الاعظم

من مرافقهما (ولايدخل العلو في شراء منزل الا بذكر نحو كل حق) اي الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه لان المنزل بين الدار والبيت اذ يتأتى فيه مرافق السكنى بنوع قصور لانتفاء منزل الدواب فيه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر الحقوق ولشبهه بالبيت لايدخل فيه بدونه (ولا) يدخل العلو (في شراء بيت وان) وصلية (ذكر كل حق) ونحوه ما لم ينص عليه لان البيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشئ لا يستتبع مثله فلايدخل فيه الا بالتنصيص عليه وفي الكافي ان هذا التفصيل مبني على عرف الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار والاحكام تبتني على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عرف اهله (ولا) يدخل (الطريق) في بيع ماله طريق (ولا) يدخل (المسيل) في بيع ماله مسيل (و) لايدخل (الشرب) في بيع ماله شرب (الا بذكر نحو كل حق) لان هذه الاشياء تابعة من وجه باعتبار وجودها بدون المبيع فلايدخل الا بذكر نحو كل حق وفي القهستاني واللام للعهد اي مسيل الماء والنهر في ملك خاص وشرب الارض ومائها وينبغي ان لايدخل الشرب اصلا في موضع يتعارف بيع الارض بلاشرب وطريق الدار عرضه عرض الباب الذي هو مدخلها وطوله منه الى الشارع او هواءهم ومن طريق خاص في ملك انسان وقت البيع فلو سد الطريق التقديم لم يدخل بذكره فالطريق الى الشارع العام والى سكة غيرنافذة تدخل في المبيع كما في المحيط لكن في الخلاصة ان الاخيرة لاتدخل الا بما ذكر بخلاف الطريق النافذة فانها لاتدخل اصلا وان كان له حق المرور كما كان قبل الشراء (وتدخل) هذه الاشياء (في الاجارة بدون ذكر) نحو كل حق اذ لم ينتفع الموجر بدونها ومثلها الرهن والصدقة الموقوفة وقال العيني ولايدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج

﴿وصل﴾ في بيان احكام الاستحقاق (البينة حجة متعدية) الى الغير تظهر في حق كافة الناس لان البينة لاتصير حجة الا بقضاء القاضي وله ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة كما في التبيين وظاهره ان معنى التعدي انه يكون القضاء بها قضاء على كافة الناس في كل شئ قضى به بالبينة وليس كذلك وانما يكون القضاء على الكافة في عتق ونحوه كما مر تحقيقه (والاقرار حجة قاصرة) دلاية توقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه (والتناقض يمنع دعوى الملك لا) يمنع التناقض دعوى (الحرية والطلاق والنسب) لان القاضي لايمكنه ان يحكم بالكلام المتناقض اذا احدهما ليس باولى من الآخر فسقطا غير ان الحرية والطلاق والنسب فيعذر في التناقض لان النسب يبتني على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم كما في التبيين (فلو ولدت امة مبيعة) تفريع على كون البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة يعني لو اشترى امة فولدت عنده من غير مولاه وفي الكافي ولدت لا باستيلاد (فاستحقت ببينة تبعها ولدها) في كونه مستحقا وملكا لمن برهن (ان كان في يده) اي في يد المشتري (وقضى به) اي بالولد (ايضا) وهو الاصح لان محمدا قال اذ قضى القاضي بالاصل للمستحق ولم يعرف الزوائد او في يد آخر وهو غائب لم يدخل الزوائد تحت القضاء لانفصالها عن الاصل يوم القضاء فعلى هذا ظهر تقييده بان كان في يده (وقيل يكفي القضاء بالام) لانه تبع لها فيدخل في الحكم عليها (وان اقر) المشتري (بها) اي بالامة المبيعة (لرجل لايتبعها ولدها) فيأخذ المقر له الامة لا ولدها والفرق ان البينة تثبت الملك من الاصل والولد كان متصلا بها يومئذ فثبت بها الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة تثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة لم يذكر النكول لانه في حكم الاقرار وفي البحر نقلا عن النهاية انما لا يتبعها الولد في الاقرار اذا لم يدعه المقر له اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له ولاخصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل انتهى لكن الظاهر لا يصلح حجة

الا ستحقاق كما قاله المولى سعدى وفى البزازية واستحقاق الجارية بعد موت الولد لايوجب على المشترى شيئا كزوائد المغصوب (وان قال شخص لاخر) اى لرجل يطلب شراء عبد (اشترنى فانا عبد) لفلان (فاشتراه) اى الرجل العبد بناء على كلامه (فاذا هو حر) اى ظهر انه حر واذا هنا للمفاجأة (فان كان البايع حاضرا او) غائبا كان (مكانه معلوما لايضمن) العبد (الآمر) لوجود من عليه الحق وهو البايع (والا) اى وان لم يكن البايع حاضرا ولم يكن مكانه معلوما (ضمن) اى رجع المشترى على العبد بالثمن عند الطرفين لان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه والمشترى اعتمد على امره واقراره انه عبده اذ القول قوله فى الحرية فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البايع دفعا للغرر والضرر (ورجع) العبد (على البايع) بالثمن (اذا حضر) لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا وعند ابى يوسف لايرجع المشترى على العبد بشئ لان ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة فلم توجد منهما كما قال اشترنى اوقال انا عبد ولم يزد على ذلك فانه لارجوع عليه بشئ بالاتفاق كما فى الفتح لكن فى العتابية ما يخالفه فلينظر ثمه (وان قال ارتهنى) فانا عبد فارتهنه فاذا هو حر (فلاضمان اصلا) سواء كان البايع حاضرا اولا وسواء كان مكانه معلوما او غير معلوم لان الرهن لم يشرع معاوضة وموجب الضمان هو الغرور فى المعاوضات (ومن ادعى حقا مجهولا فى دار) فانكر المدعى عليه ذلك (فصولح) من الحق المجهول (على شئ) كمائة درهم مثلا فاخذه المدعى (فاستحق بعضها) اى بعض الدار (فلارجوع عليه) اى على المدعى بشئ من البدل لجواز ان يكون دعواه فيما بقى وان قل فادام فى يده شئ لم يرجع (ولو استحق كلها) اى كل الدار التى ادعاها (رد) اى رد المدعى (كل العوض) للتيقن بانه اخذه لايملكه فيرده (وفهم منه) اى من المذكور (صحة الصلح عن المجهول) على معلوم وفهم منه ايضا عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح وفى المنح استفيد مما تقدم من الحكم شيئان احدهما ان الصلح عن المجهول جائز لانه لايفضى الى المنازعة الثانى ان صحة الصلح لايتوقف على صحة الدعوى لصحته هو دونها حتى لو برهن لم تقبل الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه به قيد بالمجهول لانه لو ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع مادام فى يده ذلك المقدار وان بقى اقل منه رجع بحساب ما استحق والمصنف اقتصر بالاولى فقد قصر تدبر (ولو كان) المدعى (ادعى كلها) اى كل الدار فصولح على شئ كمائة مثلا ثم استحق شئ منها (رد) اى المدعى (حصة ما يستحق ولو) كان المستحق (بعضا) من الدار لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين ان المدعى لايملك ذلك فيرد بحسابه من العوض كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان الواو فى ولو زائدة لان المعنى حينئذ لو كان المدعى ادعى كلها فصولح على شئ ثم استحق الكل رد المدعى حصة ما يستحق وليس كذلك بل رد حينئذ كل العوض كما مر آنفا بل المراد ههنا رد المدعى حصة ما يستحق لو كان المستحق بعضا تدبر ثم ذكر احكام الفضولى بلا فصل فقال (ولمن باع فضولى) هو نسبة الى الفضول جمع الفضل اى الزيادة وفى المغرب وقد غلب جمعه على ما لاخير فيه قيل فضولى بلا فضل ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولى وهو فى اصطلاح الفقهاء من ليس بولى ولا وكيل وفتح الفاء خطأ كما فى البحر (ملكه) مفعول باع (ان يفسخه) مبتدأ مؤخر خبره لمن (وله) اى للمالك (ان يجيزه) يعنى ينعقد بيعه موقوفا على اجازة المالك بالشرائط الاربعة كما فى البحر وبينها بقوله (بشرط بقاء العاقدين) اى وله ان يجيزه ان شاء بشرط بقاء البايع والمشترى اما شرط بقاء البايع فلان حقوق العقد لم يلزمه حال حيوته فلا يلزمه بعد وفاته واما بقاء المشترى فلان الثمن لم يلزمه فى حال حيوته فكيف لزمه بعد وفاته (و) بشرط بقاء (المعقود عليه) اى المبيع والمراد بكون المبيع قائما ان لا يكون متغيرا بحيث يعد شيئا آخر لان الملك لم ينتقل اليه بالعقد فلا ينتقل بعد هلاكه وفى البحر ولو لم يعلم حال المبيع وقت الاجازة

من بقائه وعدمه جاز البيع فى قول ابى يوسف اولا وهو قول محمد لانا لاصل بقاؤه ثم رجع وقال لايصح مالم يعلم بقاؤه (و) بشرط بقاء (المالك الاول) لانه بموته يبطل العقد الموقوف فبعد ذلك لايفيد اجازة الوارث وانما جاز بيع الفضولى عندنا لان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولاضرر فى انعقاده موقوفا فينعقد وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا رأى المصلحة فيه نفذه والافسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن ويسقط رجوع حقوق العقد اليه فتثبت للفضولى القدرة الشرعية احرازا لهذه المنافع على ان الاذن له ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع خلافا للشافعى اذ عنده تصرفات الفضولى باطلة كلها وقيد المصنف بالاول مستدرك لاطائل تحته تتبع (وكذا) بشرط (بقاء الثمن ان كان) الثمن عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه وبهذا يفهم ان الثمن ان كان دينا يحتاج الى اربعة اشياء وان كان (عرضا) يحتاج الى خمسة اشياء فلا وجه بالحصر الى الاربعة كما قيل تدبر (واذا اجاز) المالك عند قيام الخمسة المذكورة جاز البيع (فالثمن العرض ملك للفضولى) اى ان كان الثمن عرضا كان مملوكا للفضولى واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه والشراء لايتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لاينتقل اليه بل تأثير اجازته فى النقد لا فى العقد (وعليه) اى يجب على الفضولى (مثل المبيع او) كان (مثليا والا) اى وان لم يكن مثليا (فقيمته) لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له فى ضمن الشراء فيجب عليه رده كما قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وان لم يجز قصدا (وغير العرض) يعنى ان كان الثمن فى بيع الفضولى دينا غير عرض كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلى والوزنى بغير عينهما فاجاز المالك البيع حال بقاء الاربعة جاز البيع وهو الثمن (ملك للمجيز امانة فى يد الفضولى) بمنزلة الوكيل حتى لايضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة او قبله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (وللفضولى ان يفسخ قبل اجازة المالك) دفعا الحقوق عن نفسه لان حقوق البيع ترجع اليه بخلاف الفضولى فى النكاح حيث لايكون الفسخ له قبل الاجازة لان الحقوق لاترجع اليه (وصح اعتاق المشترى) اسم مفعول او فاعل صلته (من الغاصب اذا اجيز البيع) يعنى لو غصب عبدا فباعه ثم اعتقه المشترى من الغاصب ثم اجاز المولى البيع صح العتق استحسانا عن المشترى عند الشيخين (خلافا لمحمد) وزفر وهو رواية عن ابى يوسف وهو القياس لانه لاعتق بدون الملك وجه الاستحسان ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولاضرر فيه فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه (ولا يصح بيعه) اى بيع المشترى من الغاصب عند اجازة المغصوب منه البيع الاول لان بالاجازة تثبت للبايع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف ابطله لاستحالة الملك البات والملك الموقوف فى محل واحد (ولو قطعت يده) اى يد العبد الذى باعه الفضولى (عند المشترى فاجيز) اى اجاز المالك البيع (فارشه) اى ارش يد العبد (له) اى للمشترى به لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين ان القطع ورد على ملكه وعلى هكذا كل مايحدث من المبيع كالكسب والولد والعقر قبل الاجازة يكون للمشترى وكذا الحكم فى ارش جميع جراحاته فذكر اليد وهو لايخص كما لايخفى وفيه سؤال وجواب فى المنح وغيره فليطالع (ويتصدق) المشترى (بما زاد) من ارش اليد (على نصف ثمنه) اى ثمن العبد وجوبا لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وارش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة والذى دخل فى ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن شبهة عدم الملك فيتصدق به وجوبا او ورد وجوب التصدق بالزائد كما هو ظاهر ما فى الفتح وقيد بما زاد لانه لايتصدق بالكل وان كان فيه شبهة عدم الملك

لكونه مضمونا عليه بخلاف ما زاد وبزع فى الكافى فقال ان لم يكن مقبوضا ففيما زاد ربح ما لم يضمن وان كان مقبوضا ففيه شبهة عدم الملك كما فى البحر (ومن اشترى عبدا من غير سيده ثم اقام) المشترى (البينة) بعدما ادعى على البائع انه اقر قبل البيع بانى ابيع بغير امر مولاه او بعد البيع بانى بعت بغير امره او على المولى انه اقر بعدم امر البيع (على اقرار البائع) الفضولى (او السيد) حال ارادة رد العبد على الاقرار (بعدم الامر) ببيع العبد المذكور (واراد) المشترى (رده) اى العبد (لا تقبل) بينته لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على العقد اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال المسلم العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة لا تبتنى الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل كما لو اقام البائع البينة انه باع بلا امر او برهن على اقرار المشترى بذلك فانه لا تقبل (ولو اقر البائع) الفضولى (بذلك) اى بعدم امر رب العبد (عند القاضى فله) اى للمشترى (الرد) ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشترى ان يساعده فيتفقان فينتقض فى حقهما وهو المراد ببطلان البيع فى عبارته لا فى حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان امره فاذا لم ينفسخ فى حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له مطالبة المشترى لبراءته بالتصادق وعند ابى يوسف له ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البائع بناء على ابراء الوكيل وتمامه فى البحر فليراجع (ولو اشترى دارا من فضولى وادخلها) المشترى (فى بنائه فلا ضمان على الفضولى) عند الامام وقول ابى يوسف آخرا (خلافا لمحمد) وقول ابى يوسف اولا وفى البحر يعنى اذا اقر البائع بالغصب وانكر المشترى لان اقراره لا يصدق على المشترى ولا بد من اقامة البينة لا الى عقد البائع لان الغصب لا يجوز بيعه فعلى هذا يعلم ان قوله وادخلها المشترى فى بنائه اتفاقى وانما ذكره ليعلم حكم غيره بالاولى واراد بالدار العرصة بقرينة ادخلها فى بنائه

﴿ باب السلم ﴾

لما كان من انواع البيوع ولكن شرط فيه القبض كالصرف اخرهما وقدمه على الصرف لان الشرط فى الصرف قبضهما وفى السلم قبض احدهما فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو فى اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن قيل وفى اصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل بآجل وفى البحر نقلا عن الفتح ليس بصحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرفه اولا بيع آجل بعاجل والظاهر ان قولهم اخذ عاجل بآجل تحريف من النساخ الجهلة فاستمر النقل على هذا التحريف انتهى وعن هذا قال (هو بيع آجل بعاجل) لكن يجوز ان يقال المراد اخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوى اذ الاصل عدم التغيير الا ان يثبت بدليل كما قاله بعض الفضلاء وفى الدرر وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى اذا تداينتم بدين الآية فانها تشتمل السلم والبيع بثمن مؤجل وتأجيله بعد الحلول والسنة وهى قوله عليه الصلاة والسلام من اسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والاجماع ويأباه القياس لانه بيع معدوم لكنه ترك لما ذكر ولم يستدل بما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم لان محمد بن العز الحنفى قال فى حواشى الهداية هذا اللفظ هكذا لم يروه احد الصحابة فى كتب الحديث وكانه من كلام واحد من الفقهاء انتهى (ويصح) السلم (فيما امكن ضبط صفته) اى جودته ورداءته ونحو ذلك (او معرفة قدره) اى مقداره اعم من الكيل والوزن والذرع لانه لا يفضى الى المنازعة وفى البحر السلم فى العنب الفلانى فى وقت كونه حصرما لا يصح والسلم فى التفاح الشامى قبل الادراك يصح لانه يسمى تفاحا (لا فى غيره) اى وما لا يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لا يصح السلم فيه لانه يفضى الى المنازعة وهذه قاعدة كلية تبتنى عليها اكثر مسائل السلم فشرع المصنف فى ذكر بعضها لتعرف باقيها بالتأمل فيها فقال مفرعا عليها (فيصح) السلم كما فى الفرائد لكن لما كان المصنف شرع ان يبين الفصلين بالفاء فاولى ان تكون تفصيلية تدبر (فى المكيل) كالبر والشعير (والموزون) كالعسل والزيت

(سوى النقدين) من الدراهم والدنانير لانهما موزونة ولكنهما غير مثمنين بل خلقا ثمنين فلا يجوز السلم فيهما (و) يصح (في العددي المتقارب) وهو ما لا يتفاوت آحاده (كالجوز والبيض عددا وكيلا) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم وما فيه من التفاوت يهدر عرفا ولا خلاف في جوازه عددا وانما الخلاف فيه كيلا فعندنا يجوز ومنعه زفر كيلا وعنه منعه عددا ايضا للتفاوت وانما جاز كيلا عندنا لوجود الضبط فيه قيد بالمتقارب ومنه الكمثرى والمشمش والتين لان العددي المتفاوت لا يجوز السلم فيه وما تفاوت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والسفرجل وغيره فلا يجوز السلم في شئ منها عددا للتفاوت الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ وغير ذلك كما في البحر وغيره لكن في شرح المجمع وذكر في المختلف يجوز السلم في الجوز والبيض عددا وكيلا ووزنا وقال زفر يجوز كيلا ووزنا وكذا ذكر في المبسوط وفي فتاوى الافطس اجمعوا على ان السلم يجوز في الجوز كيلا و في البيض وزنا انتهى فعلى هذا يظهر مخالفة ما في البحر وغيره من انه منعه زفر كيلا تدبر (وكذا الفلوس) اى يصح السلم فيها عددا لان الثمنية فيها ليست خلقية وانما هي بالاصطلاح فللعاقدين ابطالها (خلافا لمحمد) لانها اثمان وفي البحر وظاهر الرواية عن الكل الجواز واذا بطلت ثمنيتها لا يخرج عن العد الى الوزن للعرف الان يهدره اهل العرف كما هو في ديارنا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية في ديارنا ايضا انتهى فعلى هذا يكون اختيار المصنف غير الظاهر فلهذا قال خلافا لمحمد لكن الاولى ان يقول وعن محمد تدبر (وفي اللبن) بفتح اللام وكسر الباء وهو الطوب الني وشرط في الخلاصة ذكر المكان الذي يعمل فيه اللبن (والآجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد هو اللبن اذا طبخ (اذا سمى ملبن) بكسر الميم وفتح الباء قالبهما (معلوم) لان التفاوت حينئذ يكون اقل (و) يصح السلم (في المذروع كالثوب ان بين طوله وعرضه ورقعته) اى غلظه ورقته وفي المنح وصفته اى من قطن او كتان او مركب منهما وهو الملحم او حرير ونحو ذلك وصنعته كعمل الشام او الروم لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدي الى النزاع قبل هذا اذا كان الثوب غير الحرير اذا وكان حريرا لابد ايضا من بيان وزنه (و) يصح (في السمك المليح) اى القديد بالملح (وزنا ونوعا معلومين) لانه لا ينقطع وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه (وكذا الطري في حينه فقط) اى يصح في سمك طري حين يوجد غير مقيد بوقت دون وقت حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وزنا ونوعا (ولا يجوز) السلم (فيهما) اى في المليح والطري (عددا) لتفاوت آحاده بالكبر والصغر وعن الامام ان السمك لا يصح لا طريا ولا مليحا لانه لحم فصار كالسلم في اللحم وفي الايضاح والصحيح من المذهب ان السمك الصغار يجوز السلم فيه كيلا ووزنا وفي الكبار روايتان ولا فرق بين الطري والمليح (ولا) يصح السلم (في الحيوان) طائرا وغيره لتفاوت آحاده خلافا للشافعي اذ عنده يجوز اذا كان موصوفا لامكان الضبط بمعرفة النوع واللون والوصف والسن (واطرافه) كالرؤس والاكارع (ولا في جلوده عددا) لكون التفاوت في الصغر والكبر وعند مالك يجوز في الرؤس والجلود عددا للتقارب وفي العناية ولا يتوهم انه يجوز وزنا لقيد عددا لان معناه انه عددي حيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بالطريق الاولى لانه لا يوزن عددا وفي الذخيرة ان بين الجلود ضربا معلوما يجوز لانتفاء المنازعة حينئذ (ولا) يصح في (الحطب حزما و) لا (الرطبة جرزا) لان هذا مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى اذا عرف ذلك بان بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي النزاع جاز ولو قيد الوزن في الكل صح كما في الفتح (ولا) يصح (في الجوهر والخرز) بالتحريك الذي ينظم لتفاوت آحاده الاصغار اللؤلؤ لو كانت تباع وزنا فيجوز السلم فيها وزنا لان الصغار انما يعلم به (ولا) يصح (في اللحم طريا) عند الامام (وقالا يصح اذا وصف موضع معلوم منه بصفة معلومة)

وفي البحر وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره لانه موزون مضبوط الوصف كالالية والشحم بخلاف لحم الطيور فانه لايقدر على وصف موضع منه وله ان يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدي الى المنازعة وفي منزوع العظم روايتان والاصح عدمه واذا اطلقه في الكتاب وفي الحقايق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لاخلاف فمنع الامام فيما اذا اطلق السلم في اللحم وقولهما فيما اذا بينا واذا حكم الحاكم بجوازه صح اتفاقا (ولا يجوز السلم بكيل اوذراع معين) قيد للكيل والذراع (لايدري قدره) اي قدر ذلك الصاع والذراع لاحتمال الضياع فيقع النزاع بخلاف البيع به حالا قيد بكونه لم يدر قدره لانهما لوكانا معلومي المقدار جاز (ولا) يجوز (في طعام قرية اوثمر نخلة معينة) اذ ربما تعرضهما آفة فلا يمكن التسليم قيد بقرية لانه لواسلم في طعام ولاية يجوز لان وصول الآفة لطعام كل الولاية نادر وهذا اذا نسب الى قرية ليؤدي من طعامها واما اذا نسب اليها لبيان وصف الطعام فالسلم جائز كما في شرح المجمع (ولا) يجوز (فيما لايبقى) في الاسواق والبيوت (من حين العقد الى حين المحل) بكسر الحاء المهملة مصدر قولهم حل الدين اي الى حين حلول الاجل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند الحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك لايجوز لقوله عليه الصلوة والسلام لاتسلفوا في الاثمار حتى يبدو صلاحها ولاحتمال موت المسلم اليه بعد العقد قبل ان يبلغ الحل اذ يحل الاجل بلزم التسليم والاحتمال في هذا العقد ملحق بالحقيقة خلافا للشافعي اذ عنده يجوز ان وجد وقت الحلول فلا يلزم الاستمرار (وشرطه) اي شرط جواز السلم تسعة اشياء ذكر المصنف منها ثمانية الاول (بيان الجنس كبر اوشعير و) الثاني بيان (النوع كسقية) بفتح السين وتشديد الياء اي مسقية وهي مايسقى بالسيح (او بخسية) بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وهي ماتسقى بالمطر نسبة الى البخس لانها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا (و) الثالث بيان (الصفة كجيد اوردي و) الرابع بيان (القدر نحو كذا رطلا او كيلا بما لاينقبض ولاينبسط) فلا يجعل مثل الزنبيل كيلا لاحتمال الزيادة والنقصان ويجعل مثل قربة الماء كيلا عند ابي يوسف للتعامل (و) الخامس بيان (اجل معلوم) اذ السلم لايجوز الا مؤجلا عندنا وعند الشافعي الاجل ليس بشرط لانه عليه الصلاة والسلام رخص فيه مطلقا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في آخر الحديث الى اجل معلوم ولانه شرع رخصة للفقراء فلابد من مدة ليقدر على التحصيل والتتميم والايصال والتسليم (واقله) اي اقل الاجل في السلم (شهر في الاصح) روى ذلك عن محمد وعليه الفتوى لان مادونه عاجل والشهر ومافوقه آجل بدليل مسئلة اليمين حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر وقيل ثلاثة ايام وقيل عشرة ايام وقيل اكثر من نصف يوم وقال صدر الشهيد والصحيح مارواه الكرخي انه مقدر بما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه وفي الفتح وهو جدير ان لايصح لانه لاضابط يتحقق فيه وكذا من رواية اخرى عن الكرخي انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان انتهى وفي البحر هو جدير بان يصح ويعول عليه فقط لان من الاشياء مالا يمكن تحصيله في شهر فيؤدي التقدير به الى عدم حصول المقصود من الاجل وهو القدرة على تحصيله انتهى هذا مسلم ان كان التقدير مخصوصا بالشهر لابالزيادة فليس كذلك لان مانحن فيه اقل بيان الاجل لااكثره حتى يرد عليه قوله ان من الاشياء مالايمكن تحصيله الى آخره لانه ان حصل في الشهر فبها وان لم يحصل فيه واتفقا على زيادة عليه جاز بلا مانع تدبر (و) السادس بيان (قدر رأس المال ان كان كيليا او وزنيا او عدديا) اي وشرطه بيان قدر رأس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره وان كان مشارا اليه عند الامام (فلا يجوز في جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما) يعني اذا اسلم مأة درهم في كر بر وكر شعير ولم يبين رأس مال كل منهما

لايصح عنده لان اعلام قدر رأس المال شرط فيقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة وهى تعرف بالظن فتكون مجهولة حتى لو كان من جنس واحد يصح لان رأس المال منقسم عليهما على السواء (ولا) يجوز السلم (بنقدين بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه) كما فى الوقاية يعنى اذا اسلم عشرة دراهم وعشرة دنانير فى عشرة اقفزبر لم يجز عنده لان الدراهم والدنانير المذكورة اذا لم تعلم وزنا يلزم عدم بيان حصة كل منهما من المسلم فيه وكذا اذا علم وزن واحد منهما دون الاخر حيث يلزم بطلان العقد فى حصة ما لم يعلم ويبطل فى حصة الاخر للجهالة ولكون الصفقة واحدة واعترض بان هذا التصوير انما يستقيم على عبارة الهداية وغيرها حيث قالوا واسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما فعلى هذا يكون غير المبين رأس المال واما عبارة الوقاية فلكون الظاهر ان غير المبين هو حصة رأس المال من المسلم فيه وبينهما مخالفة ظاهره انتهى واجاب بعض الفضلاء والحق انه لامخالفة لان بيان الحصة من المسلم فيه بيان رأس المال كما لا يخفى تأمل (و) السابع بيان (مكان ايفائه) اى ايفاء المسلم فيه (ان كان له حمل) بفتح الحاء الثقل (ومؤنة) كالحنطة وقيل ما لا يحمل الى مجلس القضاء مجانا وقيل ما لا يمكن رفعه بيد واحدة هذا عند الامام (وعندهما لا يشترط معرفة قدر رأس المال اذا كان معينا) لانه صار معلوما بالاشارة كما فى الثمن والاجرة وله ان جهالة قدر رأس المال قد يفضى الى جهالة المسلم فيه بان ينفق بعضه ثم يجد بالباقى عيبا فيرده ولا ينفق له الاستبدال فى مجلس العقد فينفسخ العقد فى المردود ويبقى فى غيره ولا يدرى قدره فيفضى الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله والموهوم فى هذا العقد كالمحقق لشرعه مع المنافى وفى البحر والاولى ان يعلل للامام بانه ربما لا يقدر على المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال فيجب ان يكون معلوما واما ماذكروه فيندفع بما قدمناه من ان الانتقاد شرط بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره (ولا) يشترط بيان (مكان الايفاء ويوفيه فى مكان عقده) عندهما لان التسليم وجب بالعقد فتعين مكانه له ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان فى الاوامر وصار كالقرض والغصب وللامام ان التسليم غير واجب فى الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضى الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلابد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما فى الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان من قضية العقد عندهما كما فى الهداية (ومثله) اى مثل المسلم فيه فى الخلاف فى اشتراط تعيين مكان الايفاء (الثمن) المؤجل الذى لحمله مؤنة كما اذا باع ثوبا بحنطة مؤجلة فانه يشترط بيان مكان ايفاء الحنطة عنده فى الصحيح وعندهما يتعين للايفاء مكان فى الثمن وقيل لا يشترط فى الكل (والاجرة) كما لو استأجر دارا اودابة بمكيل اوموزون موصوف بالذمة فانه يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين فى اجارة الدار موضع الدار للايفاء وموضع تسليم الدابة فى اجارة الدابة (والقسمة) بان اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة فعنده يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين مكان العقد (وما لا حمل له) ولا مؤنة كالمسك والكافور ونحوهما (يوفيه حيث شاء فى الاصح اتفاقا) قال صاحب الهداية وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه فى المكان الذى اسلم فيه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر فى الاجارات يوفيه فى اى مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب فى الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق انتهى فعلى هذا قول المصنف فى الاصح احتراز عن رواية الجامع الصغير وقوله اتفاقا قيد لعدم الاحتياج الى بيان الايفاء وتعيينه اذا لم يكن له حمل ومؤنة فلا وجه لما قيل من ان قول المصنف يوفيه حيث شاء فى الاصح اتفاقا لا يخلو عن شئ

لانه يشعر بان الايفاء حيث شاء متفق عليه في الاصح وان ذكر بعضهم انه مختلف فيه وليس الامر كذلك تدبر وقيل هذا اذا امكن الايفاء في موضع العقد اذ لو كان العقد في لجة البحر او قلة الجبال يوفيه في اقرب الاماكن من مكان العقد وفي التنوير شرط الايفاء في مدينة فكل محلاتها سواء في الايفاء حتى لو اوفاه في محله منها برئ (و) الثامن (قبض رأس المال) ولو غير نقد بالتخلية (قبل التفريق) اى قبل تفرق العاقدين بالبدن لان السلم اخذ آجل بعاجل وذلك بالقبض قبل الافتراق فلا يضر القبض بعد مشيهما فرسخا او اكثر او نومهما والافتراق ان يتوارى احدهما عن عين صاحبه حتى او دخل رب السلم بيته لاخراج الدراهم ولم يغب عن عين صاحبه لا يكون افتراقا (شرط بقائه) اى بقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاده فينعقد صحيحا بدونه ثم يفسد بالافتراق بلا قبض فلو ابى المسلم اليه قبضه في المجلس اجبر عليه وفيه اشارة الى ان شرط الخيار مفسد للسلم لانه يمنع تمام القبض والشرط التاسع الذي لم يذكره المصنف وهو القدرة على تحصيل المسلم فيه وزاد صاحب البحر تسعا آخر فليطالع (فلو) تفريع على قوله وقبض رأس المال (اسلم) رجل الى آخر (مائة نقد او مائة دينا على المسلم اليه في كر بطل) السلم (في حصة الدين فقط) سواء كان العقد مطلقا بان قال اسلمت اليك مائتي درهم في كر حنطة ثم جعل مائة من رأس المال قصاصا بالدين او مقيدا بان اسلمت اليك في مائة نقد ومائة دين لي عليك وسواء اضيف الى دراهم بعينها اولا وذلك لفقدان القبض وانما قال دينا على المسلم اليه لانه لو كان الدين على الاجنبي فهو غير صحيح في حق الكل حتى لو نقد الكل من ماله في المجلس لم ينقلب جائزا بخلاف ما اذا كان الدين على المسلم اليه فانه بالنقد في المجلس ينقلب الى الجواز وعند زفر السلم باطل في الكل لسريان الفساد (ولا يجوز التصرف في رأس المال او المسلم فيه قبل قبضه) اى قبل قبض المسلم اليه رأس المال وقبل قبض رب السلم المسلم فيه (بشركة او تولية) لان المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز ولرأس المال شبه بالبيع فلا يجوز التصرف قبل القبض في التولية تمليكه بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز وصورة الشركة فيه ان يقول رب السلم لآخر اعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك وصورة التولية ان يقول اعطني مثل ما اعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك وانما خصهما بالذكر لانهما اكثر وقوعا من غيرهما (ولا) يجوز لرب السلم (شراء شئ من المسلم اليه برأس المال بعد التقايل) في عقد السلم الصحيح بعد وقوعه (قبل قبضه) بحكم الاقالة استحسانا لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اى لا تأخذ الا ما اسلمت فيه حال قيام العقد او رأس مالك بعد الانفساخ فتركنا القياس عملا به لان النبي عليه الصلاة والسلام جعل حق رب السلم اخذ المسلم فيه قبل الاقالة واخذ رأس المال بعدها ثم لا يجوز الاستبدال قبل الاقالة بالمسلم فيه فلا يصير قابضا حق غيره فكذا بعدها برأس المال وعند زفر وهو قول الائمة الثلاثة يجوز استبدال رب السلم به شيئا من المسلم اليه قياسا باعتبار سائر الديون (ولو اشترى) المسلم اليه (كرا وامر رب السلم بقبضه) اى بقبض الكر الذي اشتراه ولم يقبضه من البائع (قضاء) اى لاجل القضاء عليه من الكر المسلم فيه (لا يصح) لانه اجتمعت صفقتا السلم وهذا الشراء فلا بد من ان يجري فيه الكيلان (ولو امر مقرضه بذلك صح) يعني لو كان الكر قرضا لا سلما فاشترى المستقرض كرا من غيره وامر المقرض بقبضه قضاء لحقه فانه يصح وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة وكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا (وكذا لو امر) المسلم اليه (رب سلم بقبضه) اى بقبض الكر منه (له) اى لاجل المسلم فيه (ثم) يقبضه ثانيا (لنفسه) اى لنفس رب السلم (فاكتاله) اى رب السلم (لاجل المسلم اليه ثم) اكتاله لنفسه صح) لاجتماع الكيلين (ولو اكتال المسلم اليه في ظرف رب السلم بامره) اى بامر رب السلم (وهو) والحال انه (غائب لا يكون قبضا) لان في السلم لم يصح امر رب السلم بالكيل لان حقه

في الدين لا في العين فامره لم يصادف ملكه فالمسلم اليه جعل ملكه في ظرف استعاره من رب المسلم فيد
بغيبته لانه لو كان حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية
تسليم (ولو اكتال البايع كذلك) يعني لو اشترى من اخر طعاما ودفع المشتري الى البايع ظرفا
وامره ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل البايع والمشتري غائب (كان قبضا) لانه كان مالكا
للعين بالشراء فامره صادف ملكه فيكون قابضا بوضعه في ظرفه وكان البايع وكيلا في امساك الظرف
فجعل في يد المشتري حكما لان الوكيل في القبض كالموكل (بخلاف ما لو اكتاله) البايع (في ظرف
نفسه) لان المشتري صار مستعيرا ظرفه ولم يقبضه فلم يصح العارية لانها تبرع فلا تتم بلا قبض
فلا يصير الواقع فيه واقعا في يد المشتري (او) اكتاله (في ناحية بيته) اي بيت البايع لان البيت ونواحيه
في يده فلم يصر المشتري قابضا (ولو اكتال العين والدين في ظرف المشتري) بان اشترى رجل
من آخر كرا بعقد السلم وكرا معينا بالبيع عند حلول اجل السلم ثم امر المشتري البايع بان يجعل الكرين
في ظرف المشتري (ان بدأ) البايع هو المسلم اليه (بالعين كان) المشتري هو رب السلم (قابضا)
لهما اما في العين فلصحة الامر فيه واما في الدين فلاتصاله بملك المشتري كمن استقرض حنطة
وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صايغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار (وان بدأ)
البايع (بالدين فلا) يكون قابضا لهما عند الامام اما في الدين فلعدم صحة الامر فيه واما في العين
فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عنده فينتقض البيع مع ان الخلط غير مرضي به
من جهة الامر لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فلم يتحقق رضاؤه حتى يكون شريكا له (وعندهما
صح قبض العين فان شاء رضي بالشركة) في المخلوط (وان شاء فسخ البيع) لان الخلط ليس
باستهلاك عندهما كما في الهداية وخصه قاضيخان بقول محمد اما عند ابي يوسف اذا بدأها بالدين
يصير قابضا لهما كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه في الصورتين اذ الخلط ليس باستهلاك
وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين فيشتركان فيه ولم يبرأ عن الدين وكذا لو استقرض رجل
كرا ودفع اليه غرايره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لم يكن قبضا كما في المنح (ولو اسلم امة في كر بر
مثلا) اي جعل امة رأس المال في اشتراء كر بعقد السلم (وقبضت) الامة اي قبضها المسلم اليه
(ثم تقايلا) عقد السلم (فماتت) اي ثم ماتت الامة في يد المسلم اليه (قبل رده) اي الامة الى رب
السلم (بقي التقايل) على حاله ولم يبطل بهلاكها (وتجب) على المسلم اليه (قيمتها) اي الامة (يوم
قبضها) اي الامة (ولو ماتت) الامة قبل الاقالة (ثم تقايلا صح التقايل) اي الاقالة بعد موتها ويجب
على المسلم اليه قيمتها يوم القبض لان شرط الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه وهو المسلم
فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاكها فاذا انفسخ العقد وجب عليه ردها وقد عجز بموتها
فيجب عليه قيمتها كما لو تقابضا ثم تقايلا بعد هلاك احدهما او هلك احدهما بعد الاقالة وانما اعتبر
يوم القبض لانه سبب الضمان كالغصب (وكذا المقايضة) وهي بيع سلعة بسلعة (في الوجهين)
هو الموت بعد التقايل والتقايل بعد الموت لان كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففي الباقي
يعتبر المبيعة وفي الهلاك الثمنية (بخلاف الشراء بالثمن فيهما) اي اذا اشترى امة بالف ثم تقايلا فماتت
في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايل بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الامة
ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا يبقى انتهاء لانعدام محلها كما في الهداية وفي التنوير
تقايلا البيع في عبد فابق من يد المشتري فان لم يقدر المشتري على تسليمه بطلت الاقالة والبيع بحاله
(ولو ادعى احد عاقدي السلم بيان الاجل او) ادعى (اشتراط الرداءة وانكر الاخر) يعني لو قال احدهما
شرطنا التأجيل وقال آخر لم نشترط شيئا او قال احدهما شرطنا طعاما رديا وقال الاخر لم نشترط
(فالقول لمدعيهما) اي لمدعي الاجل والرداءة (مطلقا) سواء كان مدعيهما رب السلم او المسلم اليه

عندالامام لان المدعى يدعى الصحة فكان القول له وان انكر خصمه اذ الظاهر شاهد له لان العقد
الفاسد معصية والظاهر من حال المسلم التحرز عنه (وقالا للمنكران كان) المنكر (رب السلم فى)
الصورة (الاولى) اى القول لرب السلم عندهما اذا ادعى المسلم اليه التأجيل لانه ينكر حقا عليه
وهوالاجل (او) كان المنكر (المسلم اليه فى) الصورة (الثانية) وهى الرداءة لانه منكر والاصل
ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة بان ينكر مايضره مع
اتفاقهما على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عنده وعندهما القول للمنكر سواء انكر الصحة
اوغيرها وفى التنوير واواختلفا فى مقداره فالقول للطالب مع يمينه وان برهن قبل وان برهنا قضى
ببينة المطلوب وان اختلفا فى مضيه فالقول للمطلوب لانكاره توجه المطالبة وان برهنا قضى
ببينة المطلوب (والاستصناع) لغة طلب العمل متعدالى مفعولين وشرعا بيع مايصفه عينا فيطلب
فيه من الصانع العمل والعين جميعا فلو كان العين من المستصنع كان اجارة لا استصناعا وكيفيته
ان يقول للصانع كخفاف مثلا اصنع لى من مالك خفا من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين
(باجل) معلوم كان يقول شهرا مثلا (سلم) فيعتبر فيه شرائطه (فيصح فيما امكن ضبط صفته
وقدره تعورف) الاستصناع فيه (اولا) عندالامام لان السلم باجل ثابت بالكتاب والسنة والاجماع
مطلقا والاستصناع بالاجل فى عرفهم فلا يحمل عليه وعندهما ان ضرب الاجل فيما تعورف
فهو استصناع لان اللفظ حقيقة فيه فيحفظ على مقتضاه وان ضرب فيما لا يتعارف فيه فهو
سلم اتعذر جعله استصناعا ويحمل الاجل فيما فيه تعامل على الاستعجال هذا اذا كانت المدة على
سبيل الاستمهال اما اذا كان على سبيل الاستعجال بان استصنع على ان يفرغ عنه غدا او بعد
غد لا يصير سلما بالاجماع وحكى عن الهندوانى انه ان ذكره المستصنع فليس بسلم وان ذكره
الصانع فسلم وقيل ان ذكر ادنى مدة تمكن فيه من العمل فاستصناع وان كان اكثر فسلم يراعى
شرائطه (و) الاستصناع (بلا اجل) معلوم (يصح استحسانا فيما تعورف فيه كخف وطشت
وقمقمة) وغيرذلك من الاوانى (وهو بيع) والقياس ان لا يصح لانه بيع المعدوم وبه قال زفر
والائمة الثلثة وجه الاستحسان ان المستصنع فيه المعدوم يجعل موجودا حكما كطهارة المعذور
فنزل منزلة الاجماع للتعامل من زمن النبى عليه الصلاة والسلام الى يومنا هذا وهو من اقوى الحجج
وقد استصنع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم خاتما ومنبرا فصار كدخول الحمام باجر فانه جاز
استحسانا للتعامل وان ابى القياس جوازه لان مقدار المكث ومايصب من الماء مجهول وكذا
لوقال لسقاء اعطنى شربة ماء بفلس اواحتجم باجر (لا عدة) كما ذهب اليه الحاكم الشهيد قائلا
اذا جاء مفروغا عنه ينعقد بالتعاطى ولذا يثبت الخيار لكل واحد منهما لكن الصحيح من المذهب
جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان فى المواعدة وفرع على كونه بيعا
بقوله (فيجبر الصانع على عمله) ولو كان عدة لم يجبر (ولا يرجع المستصنع عنه) اى عن امره ولو كان
عدة لجاز رجوعه (والمبيع هو العين لا عمله) اى عمل الصانع وقال البردعى عمله نظرا الى ان
الاستصناع مشتق من الصنع وهو العمل والاول اصح لان المقصود هو العين وذكر الصنعة لبيان
الوصف والاحسن ويكون المبيع هو العين لانه معطوف على مابعد الفاء لا العمل وفرع على كونه
العين بقوله (فلواتى) الصانع بما صنعه قبل العقد (غيره او بما صنعه هو قبل العقد فاخذه) اى المستصنع
العين (صح) ولو كان المبيع عمله لما صح بيعه (ولا يتعين المستصنع) بفتح النون (للمستصنع)
بكسر النون (بلا اختياره) ورضاه (فيصح بيع الصانع له) اى المستصنع بفتح النون (قبل رؤيته)
ولو تعين له لما صح بيعه (وله اخذه وتركه) اى المستصنع بكسر النون بعد الرؤية بالخيار ان شاء
اخذه وان شاء تركه ولا خيار للصانع فيجبر على العمل وعن الامام ان له الخيار دفعا للضرر عنه

والصحيح الاول وعن ابي يوسف انه لاخيار لواحد منهما (ولا يصح) الاستصناع بلا اجل (فيما لم يتعارف) هو فيه (كالثوب) يعني لو امر حائكا ان ينسج له ثيابا بغزل من عنده بدراهم لم يجز اذ لم يجز فيه التعامل فيبقى على اصل القياس الا اذا شرط فيه الاجل وبين شرائط السلم فحينئذ يجوز بطريق السلم وفي البحر دفع مصحفا الى مذهب ليذهبه بذهب من عنده واراه الذهب انموذجا من الاعشار والاخماس ورؤس الآي واوائل السور فامره رب المصحف ان يذهبه كذلك باجرة معلومة لا يصح وفي الخانية رجل استصنع رجلا في شئ ثم اختلفا في المصنوع فقال المستصنع لم تفعل ما امرتك وقال الصانع فعلت قالوا لا يمين فيه لاحدهما على الآخر ولو ادعى الصانع على رجل انك استصنعت الي في كذا كذا وانكر المدعى عليه لا يحلف

﴿ باب مسائل ﴾

خبره مبتدأ محذوف اي هذه مسائل (شتى) جمع شتيت وعبر عنها في الهداية بمسائل منثورة وعبر في التنوير بالمتفرقات والمعنى واحد وحاصلها ان المسائل التي تشذ على الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استذكرت سميت بها متفرقات من ابوابها او منثورة على ابوابها (يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع علمت) الكلب والفهد والسباع (اولا) عندنا لحصول الانتفاع بهم حراسة او اصطيادا وعن ابي يوسف لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وذكر في المبسوط انه لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب وهكذا يقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصاد به انه يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى واجيب بانه ينتفع بجلده لانه يطهر بالدباغ ويكون المتلف ضامنا لان النبي عليه الصلاة والسلام قضى في كلب باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وقال الشافعي لا يصح بيع الكلب مطلقا وهو قول احمد وبعض اصحاب مالك واما اقتناء الكلب للصيد او لحفظ الزرع او المواشي او البيوت فجائز بالاجماع كما في الشمني واختلفت الرواية عن الامام في القرد وكره عند ابي يوسف وجاز عند محمد والفيل كالهرة في جواز بيعه وفي البزازية وشراء السباع جائز ولحمها لا وبيع الفيل جائز وفي التجنيس ان المختار للفتوى جواز بيع لحم المذبوح من السباع وكذا الكلب والحمار لانه طاهر وينتفع به في اطعام سنوره بخلاف الخنزير لانه نجس العين وفي التخصيص اشعار بعدم جواز هوام الارض كالحية والعقرب ودواب البحر غير السمك كالضفدع والسرطان لان جواز البيع يدور مع حل الانتفاع وحرمة الانتفاع بها وقال بعضهم ان بيع الحية يجوز اذا انتفع بها للادوية ولا يخفى ان هذه المسئلة مستدركة بما مر في البيع الفاسد كما في القهستاني لكن في البحر و بيع غير السمك من دواب البحر ان كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها يجوز والا فلا (الذمي في البيع كالمسلم) لانه مكلف بمثل هذه الاحكام كالمسلم بمعنى ان ما يحل لنا يحل لهم وان ما يحرم علينا يحرم عليهم في العقود لقوله عليه الصلاة والسلام فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين بعد اداء الجزية (الا في) بيع (الخمر فانها) اي الخمر (في حقه) اي في حق الذمي (كالخل) في حقنا (و) الا (في الخنزير) فانه (في حقه كالشاة) في حقنا وفي البحر لا يمنعون من بيع الخمر والخنزير اما على قول بعض مشايخنا فانه يباح الانتفاع بهما شرعا لهم فكان مالا في حقهم وعن البعض حرمتهما ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر لان الكفار مخاطبون بالشرائع في الحرامات وهو الصحيح من مذهب اصحابنا فكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعهما الا انهم لا يعتقدون حرمتهما ويتمولونهما وقد امرنا بتركهم وما يدينون (ومن زوج مشريته) لآخر (قبل قبضها جاز) لثبوت الولاية عليه بالشراء لانه سبب الملك فيجعل التصرف بالتزويج في المبيع المنقول قبل القبض كالاعتاق والتدبير في عدم الانفساخ بخلاف التصرف بمثل البيع قبل القبض اذ هو ينفسخ بهلاك المبيع قبل

قبضه (فان وطئت) اى ان وطئها زوجها (كان) المزوج (قابضا لها) لان وطئ الزوج حصل بتسليط المشترى فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه (والا) اى وان لم يطئها الزوج (فلا) يكون قابضا اذ بمجرد التزويج لا يتحقق القبض والقياس ان يتحقق وهو رواية عن ابى يوسف لانه تعييب حكمى فيعتبر بالتعييب الحقيقى وجه الاستحسان ان فى الحقيقى استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمى فافترقا وفى التنوير فلو انتقض البيع بطل النكاح فى المختار (ومن اشترى شيئا) منقولا (فغاب) المشترى قبل قبض المبيع ونقد الثمن (غيبة معروفة) بان علم مكانه فاقام بايعه بينة انه باعه منه (لا يباع) ذلك الشئ (فى دين بايعه) اى لم يبعه القاضى فى دين البايع لانه يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشترى فى العين (وان لم يكن) غيبة (معروفة) بان لم يعلم مكانه وطلب بيعه بثمنه (يباع فيه) اى فى الثمن (اذا برهن انه باعه منه) اى من الغائب (اذا لم يكن قبضه) الغائب لان القاضى نصب لكل من عجز عن النظر ونظرهما فى بيعه لان البايع يصل به الى حقه ويبرأ من ضمانه والمشترى ايضا يبرأ ذمته من دينه ولم تراكم نفقته فاذا انكشف الحال عمل القاضى بموجب اقراره فلا يحتاج الى خصم حاضر وانما يحتاج اذا كانت البينة للقضاء لان البينة هنا ليست للقضاء على الغائب وانما هى لنفى التهمة وانكشاف الحال وهذا لان الشئ فى يده وقد اقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذى اقر به ولا يقدر البايع ان يصل الى حقه كالراهن اذا مات مفلسا والمشترى اذا مات مفلسا قبل القبض فان فضل شئ من الثمن يمسك للغائب وان نقص يرجع البايع على المشترى اذا ظفر وقيدنا بالمنقول احترازا عن العقار فان القاضى لا يبيعه كما فى النهاية (وان غاب احد المشتريين) بان اشتراه رجلا فغاب احدهما والمسئلة بحالها (فللحاضر دفع كل الثمن وقبض المبيع وحبسه) اى حبس المبيع عن شريكه (اذا حضر الغائب حتى ينقد) شريكه (حصته) لانه مضطر اذ لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقى منه شئ والمضطر يرجع واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عند الطرفين الى ان يستوفى حقه ولو حبس لا يصير غاصبا وعند ابى يوسف كان مقطوعا فيما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وليس له الحبس ويصير غاصبا به فيهلك بالقيمة قيل هذا اذا كان الثمن حالا اما اذا كان مؤجلا فليس للحاضر دفعه وان حل الاجل (وان اشترى) شيئا (بالف مثقال ذهب وفضة فهما) اى الذهب والفضة (نصفان) اى يجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة مثقال من الفضة لانه اضاف المثقال اليهما على السواء ويشترط بيان الفضة من الجردة وغيرها بخلاف ما لو قال من الدراهم والدنانير فانه لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجياد (وان قال بالف من الذهب والفضة فمن الذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة خمسمائة دراهم وزن سبعة) اى كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل لاضافة الالف المبهم اليهما فينصرف الى الوزن المتعارف المعهود فى كل واحد منهما وفيه اشارة الى انه لو قال لفلان على كر حنطة وشعير وسمسم فانه يجب من كل جنس ثلث الكر وهكذا فى المعاملات كلها كما فى البحر وفى القهستانى فى الدراهم ينصرف الى الوزن المعهود ويجب كون هذا اذا كان المتعارف فى بلدنا عقد فى اسم الدرهم ما يوزن سبعة والمتعارف فى بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس كذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم واما فى عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى وزن اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا ان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان ما دونه ثقل واخف يسمونه نصف فضة (ومن قبض زيفا بدل جيد غير عالم به) اى بالزيف (فانفقه او هلك فهو قضاء) وبرئ ولا رجوع عليه بشئ عند الطرفين لان ايجاب رد الزيف لاخذ الجيد ايجاب له عليه بالنسبة الى شئ واحد ومثل هذا التكليف غير

معهود فى الشرع ولان الزيف بعد الانفاق والهلاك ينوب مناب حقه الجيد (وقال ابو يوسف يرد مثل الزيف ويقضى الجيد) لان حق صاحب الدين يراعى من حيث الوصف لكن لا يمكن رعايته بايجاب الضمان فى الوصف اذ لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فيلزم الرجوع الى الرد بمثل زيفه وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول ابى يوسف هو الاستحسان فظاهره ترجيح قول ابى يوسف وقيل قوله انسب للفتوى وفى الاصلاح ومحمد فى قوله الاول مع ابى يوسف قيد بالاتلاف لانه لو كان قائما يرده ويسترد الجيد عندهم وقيد بغير عالم به لانه لو كان عالما به عند القبض يسقط حقه بلا خلاف (وان فرخ طير او باض فى ارض) متعلق بهما (او تكنس ظبى فيها) اى استتر ومعناه دخل فى الكناس وهو موضع الظبى وفى بعض النسخ او تكسر اى وقع فى ارض فتكسر رجله ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فهو يكون للكاسر لا للآخذ (فهو) اى المذكور من الفرخ والبيض والظبى (لمن اخذه) لانه مباح سبقت يده اليه فكان اولى به الا اذا هيأ ارضه لذلك فهو له او كان صاحب الارض قريبا من الصيد بحيث يقدر على اخذه او مد يده فهو لصاحب الارض كما فى البحر وغيره فعلى هذا لو قيده كما قيدنا لكان اولى تدبر (وكذا صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف) لا للاصطياد يعنى يكون هو للآخذ (او دخل) الصيد (دارا) يكون ايضا للآخذ (ودرهم او سكر نثر فوقع) الدرهم او السكر (على ثوب) احد (فان اعده) اى الثوب (صاحبه) اى صاحب الثوب (لذلك) اى لوقوع الدرهم او السكر عليه (او كفه) اى جمع الثوب الى نفسه (بعد السقوط) عليه وان لم يعده (او اغلق باب الدار بعد الدخول ملكه) اى صار له بهذا الفعل (وليس للغير اخذه) اذ بالاعداد والكف يظهر انه طالب الاخذ فكان مستحقا وفى البحر نقلا عن الذخيرة ان اغلق الباب على الصيد ولم يعلم لم يصر آخذه مالكا له حتى لو خرج الصيد بعد ذلك فاخذه غيره ملكه (كما لو عسل النحل فى ارضه) اى جعل عسله فى ارض رجل (او نبت فيها شجر او اجتمع تراب بجريان الماء) فهو لصاحب الارض على كل حال وان لم تكن ارضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا ولهذا يجب فى العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر ثم انه مهد هنا قاعدة كلية فقال (ما) اى الذى (لا يصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد) اربعة عشر شيئا على ما ذكره المصنف تبعا لصاحب الكنز الاول (البيع) فاذا باع عبدا وشرط استخدامه شهرا مثلا فالبيع فاسد والاصل ان ما كان مبادلة مال بمال فانه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد للنهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال او كان من التبرعات فانه لا يبطل به لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية والتبرعات ويبطل الشرط فقط واصل اخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز فى التمليكات ويجوز فيما كان من باب الاسقاط المحض كالطلاق والعتاق وكذا ما كان من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التحريضات كما فى البحر (و) الثانى (الاجارة) بان آجر داره بشرط ان يقرضه المستأجر او يهدى اليه او آجره اياها ان قدم زيد فهى فاسدة لانها فى معنى البيع (و) الثالث (القسمة) بان كان لميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين على ان يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهى فاسدة لانها فى معنى البيع من حيث اشتمالها على الاقرار فى المبادلة (و) الرابع (الاجازة) بان باع فضولى عبده فقال اجزته بشرط ان تقرضنى او تهدى الى او علقها بشرط لانها بيع معنى كما ذكره العينى ولا خصوصية لاجازة البيع بل كل ما لا يصح تعليقه بالشرط اذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق اجازته بالشرط حتى النكاح (و) الخامس (الرجعة) بان قال لمطلقته الرجعية راجعتك على ان تقرضنى كذا او ان قدم زيد لانها استدامة الملك فيكون معتبرة بابتدائه كما لا يجوز تعليق ابتدائه لا يجوز تعليقها كما ذكره العينى

قال في البحر وهو سهو ظاهر وخطاء صريح وسيأتي ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وان كان لا يصح تعليقه وفصل كل التفصيل فليراجع لكن يفرق بين النكاح والراجعة بانه لا يشترط فيها رضى الزوجة ولا شهود ولا مهر وبانه يجوز عود الامة على الحرة التي تزوجها بعد ما طلق الامة بخلاف النكاح تدبر (و) السادس (الصلح عن مال) اي بمال بان قال صالحتك على ان تسكنني في الدار سنة مثلا لانه معاوضة مال بمال فيكون بيعا (و) السابع (الابراء عن الدين) بان قال ابرأتك عن ديني على ان تخدمني شهرا اوقدم فلان لانه تمليك من وجه حتى يرتد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط الا اذا علق بكائن كما قال المديون دفعت الى فلان فقال ان كنت دفعت اليه فقد ابرأتك صح لانه تعليق بامر كائن وفي البحر وحاصله ان التعليق بموت الدائن صحيح الا اذا كان المديون وارثا وعلق في مرض موته فيكون مخصصا لاطلاق الكتاب (و) الثامن (عزل الوكيل) بان قال لوكيله عزلتك على ان تهدي الى شيئا اوان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط الفاسد كما ذكره العيني وفي البحر وتعليقه يقتضي عدم صحة تعليقه واما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل عليه من هذا وعندي ان هذا خطاء ايضا فان عزل الوكيل ليس من قبيل ما يبطل بالشرط الفاسد وانما هو من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط لكن لا يبطل بالشرط الفاسد انتهى وفيه كلام لانه اذا لم يصح تعليقه بالشرط الفاسد فقد بطل بذلك الشرط الفاسد بمعنى انه اذا وجد ذلك الشرط لم يترتب وجوده عليه كما قال بعض الفضلاء وهو جواب بعينه عما نورد في الرجعة وغيرها تدبر (و) التاسع (الاعتكاف) بان قال اعتكفت ان شفى الله مريضي اوان قدم زيد فلانه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل وفي المنح نقلا عن البحر وعندي ان ذكره في هذا المقسم خطاء من وجهين من كونه يبطل بالشروط الفاسدة و من كونه لا يصح تعليقه اما الثاني فقال في القنية قال لله علي اعتكاف شهر ان دخلت الدار ثم دخل فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا فاذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لكنه ذكر ايجاب الاعتكاف من جملة ما لا يصح تعليقه بشرط ويبطل بفاسده وذكر في البزازية من هذا القبيل فقال وتعليق وجوب الاعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزم وقد ناقض الكمال كلامه فانه جعل ايجاب الاعتكاف مما لا يصح تعليقه وعزاه الى الخلاصة ولم يقل في رواية مع انه قدم في باب الاعتكاف ان الاعتكاف الواجب هو المنذور تنجيزا او تعليقا وهو صريح في صحة التعليق به وتمام تحقيقه في البحر فليراجع لكن ان ما يصح تعليقه وما لا يصح هو مع الشرط الفاسد هو الاعتكاف نفسه لا النذر به بل النذر به يصح تعليقه بالشرط ويترتب لزومه على تحقق الشرط فلا يفسده كالنذر بسائر العبادات التي يصح النذر بها بخلاف الوضوء وعيادة المريض كما عرف في محله وقد ذكر وابعد هذا ان الوقف لا يصح تعليقه بالشرط ويصح تعليق النذر به فافترقا تدبر (و) العاشر (المزارعة) بان قال زارعتك ارضي على ان تقرضني كذا او ان قدم فلان لانها اجارة فلا يصح تعليقها بالشرط (و) الحادي عشر (المعاملة) وهي المساقاة بان قال ساقيتك شجري او كرمي على ان تقرضني كذا اوان قدم فلان لانها اجارة ايضا (و) الثاني عشر (الاقرار) بان قال لفلان علي كذا ان اقرضني كذا اوان قدم فلان لانه ليس مما لا يحلف به بخلاف ما اذا علق بموته او بمجيء الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل فيلزمه الحال (و) الثالث عشر (الوقف) بان قال وقفت داري ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به ايضا وفي البحر والوقف في رواية فظاهره ان في صحة تعليقه روايتين وفي الفتح وشرطه ان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا (و) الرابع عشر (التحكيم) بان يقول المحكمان اذا اهل شهرا او قالا لعبد او كافر

اذا اعتقت اواسلمت فاحكم بيننا (عند ابى يوسف خلافا لمحمد) فانه يجوز تعليقه عنده بشرط
واضافته الى زمان كالوكالة والقضاء وله ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى فباعتباره انه صلح
لايصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال وفى الخانية الفتوى
على قول ابى يوسف ولم يتعرض فيه لقول الامام وقد قال بعض شارحى الكنز فانه لا يصح عنده
وعليه الفتوى ولم يتعرض لقول الامامين (وما) اى الذى (لايبطله الشرط الفاسد) وهو سبعة
وعشرون شيئا على ماذكره المصنف الاول (القرض) بان قال اقرضتك هذه المائة بشرط
ان تخدمنى شهرا مثلا فانه لايبطل بهذا الشرط وذلك لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وانه
مختص بالمبادلة المالية والعقود كلها ليست بمعاوضة مالية فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة وفى البزازية
وتعليق القرض حرام والشرط لايلزم (و) الثانى (الهبة) بان قال وهبت لك هذه الجارية
بشرط ان يكون حملها لى (و) الثالث (الصدقة) بان قال تصدقت عليك على ان تخدمنى جمعة مثلا
(و) الرابع (النكاح) بان قال تزوجتك على ان لايكون لك مهر كما عرف فى موضعه (و) الخامس
(الطلاق) بان قال طلقتك على ان لاتتزوجى غيرى (و) السادس (الخلع) بان قال خالعتك
على ان لايكون لى الخيار مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (و) السابع (العتق)
بان قال اعتقتك على انى بالخيار (و) الثامن (الرهن) بان قال رهنت عندك عبدى بشرط
ان استخدمه (و) التاسع (الايصاء) بان قال اوصيت اليك على شرط ان تتزوج ابنتى (و)
العاشر (الوصية) بان قال اوصيت لك ثلث مالى ان اجاز فلان ذكره العينى وقال فى البحر وفيه
نظر لانه مثال تعليقها بالشرط والكلام الآن فى انها لاتبطل بالشرط الفاسد انتهى لكن فيه
كلام لان الشرط الفاسد يصدق مع عدم صحة التعليق ومع الصحة ومعناه انه يفسد او كان
لايجوز التعليق به وهنا يجوز فلم يفسد تدبر (و) الحادى عشر (الشركة) بان قال شاركتك على
ان تهدينى كذا (و) الثانى عشر (المضاربة) بان قال ضاربتك فى الف على النصف فى الربح
ان شاء فلان او ان قدم زيد ذكره العينى وفى البحر وهو مثال لتعليقها بالشرط وهذا الذى وقع للعينى
دليل على كسله وعدم تصفح كلامهم فانه لو اتى بالامثلة التى ذكروها فى الابواب لكان انسب
انتهى لكن فيه كلام قد قررناه فى الوصية تدبر (و) الثالث عشر (القضاء) بان قال الخليفة وليتك
قضاء مكة مثلا على ان لاتعزل ابدا (و) الرابع عشر (الامارة) بان قال الخليفة وليتك امارة
الشام مثلا على ان لاتركب (و) الخامس عشر (الكفالة) بان قال كفلت غريمك ان اقرضنى
كذا ماذكره العينى وفى البحر وهو مثال لتعليقها بالشرط انتهى والجواب قدمر تدبر (و) السادس
عشر (الحوالة) بان قال احلتك على فلان بشرط ان لاترجع عليه عند التوى (و) السابع عشر
(الوكالة) بان قال وكلتك ان ابرأتنى عن مالك على ماذكره العينى وفى البحر وهو مثال تعليقها
بالشرط انتهى وقدمر الجواب تدبر (و) الثامن عشر (الاقالة) بان قال اقلتك عن هذا البيع
ان اقرضتنى كذا ذكره العينى وفى البحر نقلا عن القنية لايصح تعليق الاقالة بالشرط وتقدم انهما
لو تقايلا باقل من الثمن الاول او بجنس آخر لم تفسد ووجب الثمن الاول وهو مثال انها لاتبطل بالشرط
واما ما ذكره العينى فمثال تعليقها انتهى وفيه كلام قدمر مرارا (و) التاسع عشر (الكتابة)
بان قال المولى لعبده كاتبتك على الف بشرط ان لاتخرج من البلد او على ان لاتقابل فلانا او على
ان لاتعمل فى نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط وذلك لان الشرط
غير داخل فى صلب العقد واما اذا كان داخلا بان كان فى نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها
تفسد به على ما عرف فى موضعه (و) العشرون (اذن العبد فى التجارة) بان قال المولى لعبده
اذنت لك فى التجارة على ان تتجر الى شهر او سنة او نحوهما لانه ليس بعقد بل هو اسقاط والاسقاطات

لا تتوقف (و) الحادي والعشرون (دعوة الولد) بان يقول المولى ان كان لهذه الامة حمل
فهو مني لان النسب مما يتكلف ويحتاط في ثبوته (و) الثاني والعشرون (الصلح عن دم العمد)
بان صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شيء بشرط ان يقرضه او يهدي اليه شيئا فان الصلح صحيح
والشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات ولا يحتمل الشرط وكذا الابراء عنه صحيح ولم يذكره
اكتفاء به (و) الثالث والعشرون (الجراحة) بان صالح عنها بشرط اقراض شيء او اهدائه
وقيد صاحب الدرر بالتي فيها القصاص فان الصلح اذا كان عن الجراحة التي فيها الارش كان
من القسم الاول وكذا اذا كان عن القتل الخطأ يكون من القسم الاول (و) الرابع والعشرون
(عقد الذمة) بان قال الامام لحربي يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلا
فان عقد الذمة صحيح والشرط باطل كما في البحر وهو كما لا يخفى مثال لتعليق عقد الذمة بالشرط
والعجب انه اعترض العيني مرارا فغفل عنه تأمل (و) الخامس والعشرون (تعليق الرد بعيب)
بان قال ان وجدت بالمبيع عيبا ارده عليك ان شاء فلان مثلا (او بخيار الشرط و) هو السادس والعشرون
اي تعليق الرد به بان قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع او قال اسقطت خياري ان شاء
فلان فانه يصح ويبطل الشرط كما في البحر وفيه كلام لان تعليق الرد بالعيب باطل وله الرد بالعيب
وفي خيار الشرط صح ما شرط ومثل في الخلاصة للاول بقوله بان قال ان لم ارد هذا الثوب المعيب
اليوم عليك فقد رضيت بالعيب وللثاني بقوله لو قال ابطلت خياري اذا جاء غد انتهى ومقتضاه
انه اذا قال ذلك بطل خياره اذا جاء غد فقول صاحب البحر يبطل الشرط ليس بظاهر تدبر (و)
السابع والعشرون (عزل القاضي) بان قال الخليفة للقاضي عزلتك عن القضاء ان شاء فلان
فانه ينعزل ويبطل الشرط كما في البحر لكن يرد عليه بان هذا مثال للتعليق بالشرط كما مر آنفا
والمصنف لم يذكر ما تصح اضافته الى المستقبل وما لا تصح واقتصر من القاعدة على ما ذكره لكن
قال في التنوير والغرر وما تصح اضافته الى المستقبل اربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة
والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية بالمال والقضاء والامارة والطلاق
والعتاق والوقف وما لا تصح اضافته الى المستقبل عشرة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة
والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين فان هذه الاشياء تمليكات فلا تجوز
اضافتها الى زمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار

﴿كتاب الصرف﴾

وجه المناسبة بالبيع وتأخيره ظاهر (هو) لغة النقل والزيادة وشرعا هو (بيع ثمن بثمن) اي ما خلق
للثمنية (تجانسا) كبيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب (او لا) كبيع الذهب بالفضة
او بالعكس ودخل تحت قولنا ما خلق للثمنية بيع المصوغ بالمصوغ او بالنقد فان المصوغ بسبب
ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف لانه خلق للثمنية
(وشرط فيه) اي في الصرف اي شرط بقائه على الصحة لا شرط انعقاده وهو الصحيح المختار
كما في البحر (التقابض قبل التفرق) بالابدان حتى لو قاما وذهبا معا فرسخا مثلا في جهة
واحدة ثم تقابضا قبل الافتراق صح وكذا لو طال قعودهما في مجلس الصرف او ناما او اغمي عليهما فيه
ثم تقابضا بخلاف خيار المخيرة اذ التخيير تمليك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله والمعتبر افتراق
العاقدين حتى لو كان لكل من الرجلين على صاحبه دين فارسل رسولا فقال بعتك الدنانير التي لي
عليك بالدراهم التي لك علي وقال قبلت فهو باطل لان حقوق العقد تتعلق بالمرسل لا بالرسول
وكذا لو نادى احدهما صاحبه من وراء جدار او ناداه من بعيد لم يجز لانهما متفرقان بابدانهما كما في البحر
(وصح بيع الجنس بغيره) يعني الذهب بالفضة او بالعكس (مجازفة وبفضل) ان تقابضا
في المجلس لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية فلا يضره الجزاف ولو افترقا قبل

القبض بطل لفوات الشرط والمراد بالقبض القبض بالبراجم لا بالتخلية (لا بيعه) اى بيع الجنس (بجنسه) لا مجازفة ولا بفضل (الا متساويا) لما مر فى الربوا لقوله عليه الصلوة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وفى المجازفة احتمال الربوا فلا يجوز (وان) وصلية (اختلفا جودة وصياغة) لان المماثلة فى الاوصاف ليست بشرط لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديها سواء ولا فرق فى ذلك بين ان يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر اولا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الاخر وفى البحر اذا باع درهما كبيرا بدرهم صغير او درهما جيدا بدرهم ردى يجوز لان لهما فيه غرضا صحيحا ثم فرعه بقوله (فان بيع) الخامس بالجنس (مجازفة ثم علم التساوى قبل التفرق جاز) والا فلا والقياس ان لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر اذا عرف التساوى بالوزن جاز سواء كان فى المجلس او بعده وانما قلنا بيع الجنس بالجنس لان وضع المسئلة فيه قال فى البحر وغيره او باع الجنس بالجنس مجازفة فان علم تساويهما قبل الافتراق صح و بعده لا على ان مسئلة اختلاف الجنس قد تقدمت آنفا فلا حاجة الى التكرار فعلى هذا ظهر فساد ما قيل فى تفسير قوله فان بيع اى الذهب بالفضة مجازفة ثم علم التساوى قبل التفرق جاز لاختلاف الجنس تدبر (ولا يجوز التصرف فى بدل الصرف قبل قبضه) اذ كل واحد منهما ثمن من وجه وهذا القدر يكفى فى سلب الجواز لان الشبهات ملحقة بالحقيقة فى باب الحرمات ثم فرعه بقوله (فلو باع ذهبا بفضة واشترى بها) اى بالفضة (ثوبا قبل القبض فسد بيع الثوب) لفوات القبض الواجب فى بدل الصرف ولان الثمن فى الصرف مبيع من وجه لعدم الاولوية والتصرف فى المبيع قبل القبض لا يجوز قيل لا نسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمنية واجيب بان ذلك فى الاثمان الجعلية لا فى الاثمان الخلقية والقياس يقتضى جوازه كما نقل عن زفر (ولو اشترى امة تساوى الفا مع طوق) من فضة (قيمته الف بالفين) متعلق باشترى (ونقد) المشترى من الثمن (الفا فهو ثمن الطوق) لان قبض ثمن الصرف واجب حقا للشرع وقبض ثمن الامة ليس بواجب فالظاهر هو الاتيان بالواجب (ولو اشتراها) اى الامة التى معها طوق (بالفين الف نقد والف نسيئة فالنقد ثمن الطوق) لان التأجيل فى الصرف باطل وفى المبيع جائز فيصرف الاجل الى الامة دون الطوق اذا المباشرة على وجه الصحة لا على وجه البطلان ولو اشتراها بالفين نسيئة فسد فى الكل لقيد بتأجيل البعض لانه لو اجل الكل فسد البيع فى الكل عند الامام وقالا يفسد فى الطوق دون الامة كما فى البحر (ومن اشترى سيفا حليته خمسون) اى تساوى خمسين درهما (بمائة) متعلق باشترى (ونقد خمسين فهى حصة الحليه وان) وصلية (لم يبين) المشترى حصة الحليــة لان حصة الحلية يجب قبضها فى المجلس والظاهر من حال المسلم ان لا يترك الواجب فيحمل عليه وان لم يبينه ولم ينوه (او قال هى من ثمنهما) لان معنى قول المشترى خذ هذا من ثمنهما خذ بعضا من ثمن مجموعهما وثمن الحلية بعض ثمن المجموع فيحمل عليه طلبا للجواز وقيل معناه خذ هذا على انه ثمن كل منهما وليس الحال كذلك فيكون من قبيل ذكر اثنين وارادة واحد كما قال الله تعالى فنسيا حوتهما وقال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما بخلاف ما اذا لم يذكر المفعول به للامكان وهنا صورتان احديهما ان يبين ويقول خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف والثانية ان يجعل الكل من ثمن السيف وفيهما يكون المقبوض ثمن الحلية لانهما شئ واحد فيجعل عن الحلية لحصول مراده هكذا ذكره الزيلعى وفى البحر معزيا الى المبسوط لو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع فى الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة فى العقد او الاضافة ولا مساواة بعد التصريح الدافع بكون المدفوع ثمن السيف خاصة

والقول فى ذلك قوله لانه هو المملك فالقول له فى بيان جهته وفى السراج لوقال هذا الذى بحاته
حصة السيف كان عن الحلية وجاز البيع لان السيف اسم الحلية ايضا لانها تدخل فى بيعه تبعا
ولوقال هذا من ثمن النصل والجفن خاصة فسد البيع لانه صرح بذلك وازال الاحتمال فلم يكن حمله
على الصحة ويمكن التوفيق بان يحمل ماذكره الزيلعى على ما اذا قال من ثمن السيف ولم يقل خاصة
فيوافق ما فى السراج واما ما فى المبسوط فانما قال خاصة وحينئذ كانه قال خذ هذا عن النصل فليتأمل
انتهى قيد بقوله بمائة لانه لو باعه بخمسين اواقل منها لم يجز للربوا وان باعه بفضة لم يدروزنها
لم يجز ايضا لشبهة الربوا خلافا لزفر فى ثلاثة اوجه لايجوز البيع وفى واحد يجوز وهو ما اذا علم
ان الثمن ازيد مما فى الحلية ليكون ما كان قدرها مقابلا لها والباقى فى مقابلة النصل خلافا للائمة
الثلاثة هذا اذا كان الثمن من جنس الحلية فان كان من خلافها جاز كيف ما كان لجواز التفاضل
ولا خصوصية للحلية مع السيف بل المراد اذا جمع مع الصرف غيره فان النقد لايخرج عن كونه صرفا
بانضمام غيره اليه وعلى هذا بيع المزركش والمطرز بالذهب اوالفضة وفى المبسوط وكان محمد بن
سيرين يكره بيعه بجنسه وبه نأخذ لاحتمال الزيادة والاولى بيعه بخلاف جنسه (وان تفرقا) اى
المتعاقدان (بلا قبض) شئ (صح) البيع (فى السيف دونها) اى دون الحلية (ان تخلص)
السيف عن الحلية (بلا ضرر) لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والامة (والا) اى
وان لم يتخلص بلا ضرر (بطل) البيع (فيهما) اى فى السيف والحلية لان حصة الصرف
يجب قبضها قبل الافتراق فاذا لم يقبضها حتى افترقا فسد فيه لفقد شرطه وكذا فى السيف ان كان
لايتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر كالجذع فى السقف وفى البحر تفصيل فليراجع
(وان باع اناء فضة) بفضة او ذهب (وقبض بعض ثمنه فافترقا) قبل قبض الباقى (صح)
العقد (فيما قبض فقط) لوجود شرطه وهو القبض قبل الافتراق وبطل فيما لم يقبض لعدم
وجود الشرط (والاناء مشترك بينهما) لان عقد الصرف وقع على كله اولا ثم طرأ الفساد على
ما لم يقبض وهو لايشيع على ما وجد فيه القبض فحصلت الشركة فى الكل بالتراضى ولم يلزم تفريق
الصفقة قبل التمام لان صفقة الصرف تمت بالتقابض ولو فى البعض ولا خيار للمشترى بخلاف هلاك
احد العبدين قبل القبض كما فى البحر (وان استحق بعضه) اى بعض الاناء (اخذ المشترى ما بقى
بحصته اورده) لان الشركة عيب فى الاناء لان التشقيص يضره وكان ذلك بغير صنعه فيخير
بخلاف ما مر لان الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن فان اجاز المستحق قبل
فسخ الحاكم العقد جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشترى ويسلمه اليه اذا لم يفترقا بعد
الاجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز فتتعلق حقوق العقد به دون المجيز اطلق فى الخيار فشمل ما قبل
القبض وبعده كما فى البحر (ولو استحق بعض قطعة نقرة) وهى القطعة المذابة من الذهب
اوالفضة (اشتراها اخذ) المشترى (الباقى بحصته بلا خيار) لان الشركة ليست بعيب فى النقرة
اذ لايلزم الانتقاص بالتبعيض فلم يتضرر المشترى بالشركة فيها هذا لو كان الاستحقاق بعد قبضها
اما لو كان قبل قبضها فله الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام كما فى البحر والدرهم والدينار نظير
النقرة لان الشركة فى ذلك لاتعد عيبا (وصح بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم استحسانا) عندنا
بصرف الجنس الى خلافه فيقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم وقال زفر والائمة الثلاثة
لايجوز هذا العقد اصلا (و) صح ايضا (بيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير) بان يجعل
كر بر بكر شعير وكر شعير بكر بر ولو صرفا الى جنسه فسد وفى البحر تفصيل فليطالع (و) صح
(بيع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) بان يجعل العشرة بمثلها والدينار بدرهم تصحيحا
للعقد وانما ذكر هذه بعد التى قبلها وان كانت قد علمت مما قبلها لبيان انه لايشترط ان يكون الجنسان

من الطرفين بل ان كانا فى طرف واحد فكذلك (و) صح بيع (درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة للتساوى) فى الوزن وسقوط اعتبار الجودة وفيه خلاف زفر والائمة الثلاثة ايضا وفى الاصلاح قد ذكر صاحب الوقاية هنا مسائل من مسائل الربوا ورددنا ها الى بابها انتهى ويمكن الجواب بان يقال قد شرط التماثل فى الصرف فرارا عن الفضل المؤدى الى الربوا فذكر مسئلة بيع درهمين ودينار وبيع كر بر وبيع درهم صحيح فى الصرف لان مبناه على الجواز لا فى باب الربوا لكون مبناه على عدم الجواز (و) صح بالاجماع (بيع دينار بعشرة هى) اى العشرة (عليه) اى على الدين وتقع المقاصة بنفس العقد لان الدين لم يجب بعقد بل كان ثابتا قبله وسقط باضافة العقد اليه ولاربوا فى دين سقط (او بعشرة مطلقة) اى صح استحسانا عندنا ان باع الدينار ممن عليه عشرة دراهم ولكن لم يضف العقد الى ما فى ذمته بل الى عشرة مطلقة غير مقيدة بكونها عليه (ان دفع الدينار ويتقاصان العشرة بالعشرة) والقياس عدم الجواز وهو قول زفر والائمة الثلثة لكونه استبدالا وجه الاستحسان انهما لما تقاصا انفسخ الاول وانعقد صرف آخر مضافا فتثبت الاضافة اقتضاء كما لو جدد البيع باكثر من الثمن الاول قيل هذا اذا كان الدين سابقا اما اذا كان لاحقا فكذلك يجوز فى اصح الروايتين وذلك بان باع دينارا بعشرة دراهم ثم باع مشترى الدينار ثوبا منه بعشرة وتقاصا ثم الظاهر ان قوله ويتقاصان معطوف على قوله ان دفع فيقتضى سقوط نون التثنية الا ان يقال انه استيناف لكنه بعيد ولو قال وتقاصا بصيغة المضى كما وقع فى سائر الكتب لكان اسلم تدبر (وما غالبه الفضة او الذهب فضة وذهب) لف ونشر مرتب (حكما) اذ الحكم فى الشرع للغالب لان الغش القليل لا يخرج الدرهم عن الدرهمية والدينار عن الدينارية لان العقود المستعملة بين الناس لا تخلو منه ثم فرع بقوله (فلا يجوز بيع الخالص به) اى بغالب الفضة او بغالب الذهب (ولا بيع بعضه ببعض الا متساويا وزنا) استثناء من مجموع ما فى حيز قوله فلا يجوز (ولا يجوز استقراضه الا وزنا) كما فى الجياد (وما غلب عليه الغش منهما) اى من الذهب والفضة بحيث لا يتميز عن الغش الا بضرر (فهو فى حكم العروض) لا فى حكم الدراهم والدنانير اذ الحكم للغالب فى الشرع ثم فرعه بقوله (فبيعه) اى ما غلب عليه الغش (بالخالص على وجوه حلية السيف) لانه اذا كانت زيادة الخالصة معلومة يجوز البيع لو تقابضا قبل الافتراق وتكون الفضة بالفضة والزيادة فى مقابلة الغش هو النحاس وغيره على مثال بيع الزيتون بالزيت اما اذا كانت الخالصة مثل ما فى المغشوش او اقل او لم يعلم ايهما اقل فلا يجوز كما حكم حلية السيف على ما بيناه فى موضعه (ويصح بيعه) اى البيع الذى غلب غشه (بجنسه متفاضلا) صرفا للجنس الى خلافه (بشرط التقابض فى المجلس) فى الصورتين لوجود الفضة من الجانبين ومتى شرط القبض فى الفضة اعتبر فى النحاس لعدم التميز عنه الا بضرر هذا اذا عرف ان الفضة تجتمع عند اذابة المغشوشة ولا تحترق اما اذا عرف انها تحترق وتهلك كان حكمها حكم النحاس الخالص ولا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا (و) صح التبايع والاستقراض (بما يروج منه) اى من الذى غلب غشه من الذهب والفضة (وزنا) ان كان يروج وزنا (او عددا) ان كان يروج عددا (او بهما) اى بكل منهما ان كان يروج بهما لان المعتبر فيه لا نص فيه العادة (ولا يتعين بالتعيين) ما دام يروج (لكونه ثمنا) بالاصطلاح فان هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله (ولو اشترى به) اى بالذى غلب غشه وهو نافق (فكسد) قبل النقد (بطل البيع) عند الامام لان الثمنية ثبتت لها بعارض الاصطلاح فاذا كسدت رجعت الى اصلها ولم تبق ثمنا فيبطل البيع لبقائه بلا ثمن ويجب على المشترى رد المبيع ان كان قائما ومثله او قيمته ان كان هالكا (وقالا لا يبطل البيع) لان الثمن تعلق بالذمة والكساد عرض على الاعيان دون الذمة ولما لم يتمكن من تسليم الثمن لكساده تجب قيمته وعن هذا قال (و تجب

قيمته) اى قيمة الذى غلب غشه يوم البيع (عندابى يوسف) لانه مضمون بالبيع فتعتبرقيمته فى ذلك الوقت كالمغصوب وفى الذخيرة الفتوى على قول ابى يوسف (و) قيمته (اخر ماتعومل به) اى قيمته يوم ترك الناس المعاملة لان التحول من رد المسمى الى قيمته انما صار بالانقطاع فيعتبر يومه وحد الكساد ان تترك المعاملة بها فى جميع البلاد وان كانت تروج فى بعض البلاد لايبطل لكنه يتعيب فيتخير البايع وحد الانقطاع ان لايوجد فى السوق وان وجد فى يد الصيارفة اوفى البيوت كما فى البحر ولم يذكر فيما انقضت قيمتها قبل القبض اوغلت وفى التنوير واو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولايتخير البايع وعكسه لوغلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولايتخير المشترى ويطالب بنقد ذلك العيار الذى كان وقت البيع (ومالايروج منه) اى من الذى غلب غشه كالرصاصة والستوقة (يتعين بالتعيين) لزوال المقتضية للثمنية وهو الاصطلاح وينبغى للمصنف ان يذكر عقيب قوله ولايتعين بالتعيين لكونه ثمنا كما وقع فى سائر الكتب تتبع (والمتساوى الغش كمغلوبه فى التبايع والاستقراض) فلايجوز البيع به ولااقراضه الابالوزن بمنزلة الدراهم الردية ولاينتقض العقد لان الخالص فيه موجود حقيقة ولم يصر مغلوبا فيجب الاعتبار بالوزن شرعا واذا اشير اليه فى المبايعة كان بيانا لقدره ووصفه ولايبطل البيع بهلاكه قبل القبض ويعطيه مثله لكونه ثمنا لم يتعين كما فى البحر (وكذا فى الصرف) يعنى المتساوى الغش كمغلوبه فى الصرف ايضا حتى لايجوز بيعه بجنسه متفاضلا (وقيل كغالبه) اى كغالب الغش حتى يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ولو باعه بالفضة الخالصة لم يجز حتى يكون الخالص اكثر مما فيه الفضة لانه لاغلبة لاحدهما على الاخر فيجب اعتبارهما (وتجوز البيع بالفلوس النافقة وان) وصلية (لم يتعين) لانها اموال معلومة وصارت اثمانا بالاصطلاح فجاز فيها البيع فوجبت فى الذمة كالنقدين ولايتعين وان عينها كالنقد الا اذا قال اردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لانه لو لم يتعين لفسد البيع وهذا على قولهما وعلى قول محمد لايتعين وان صرحا واصله ان اصلاح العامة لايبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل فى حقهما كما فى البحر (فان كسدت) اى اشترى بها شيئا فكسدت قبل التسليم (فالخلاف فى كساد المغشوش) يعنى يبطل البيع عند الامام خلافا لهما هكذا ذكر القدورى الخلاف والذى فى الاصل وشرح الطحاوى والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر كما فى اكثر شروح الهداية لكن فى الفتح جواب حاصله لافرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما سلعة بحسب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبه الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلو لم ينص على الخلاف فى الفلوس وجب الحكم به (ولو استقرضها) اى الفلوس (فكسدت يرد مثلها) اذا كانت هالكة عند الامام واما اذا كانت قائمة فرد عينها بالاجماع لان المردود فى القرض جعل عين المقبوض حكما والا يلزم مبادلة جنس بجنس نسيئة وانه حرام فلايشترط فيها الرواج (وعند ابى يوسف قيمتها) اى قيمة الفلوس (يوم القرض وعند محمد يوم الكساد) وقول ابى يوسف ايسر للفتوى لان يوم القبض يعلم بلا كلفة وقول محمد انظر فى حق المستقرض لان قيمتها يوم الانقطاع اقل وكذا فى حق المقرض بالنظر الى قول الامام لا الى المفتى لان يوم الكساد لايعرف الابحرج (ولايجوز البيع بغير النافقة مالم يتعين) لانها سلع فلا بد من تعيينها (ومن اشترى بنصف درهم فلوس اودانق) بفتح النون وكسرها سدس الدرهم يحتمل ان يكون عطفا على درهم اوعلى نصف وهو الظاهر (فلوس اوقيراط) وهو نصف الدانق (فلوس جاز البيع) عندنا وكذا بثلث درهم اوربعه (وعليه) اى على المشترى (مايباع بنصف درهم اودانق اوقيراط منهما) اى من الفلوس [illegible] معلوم بين

الناس لاتفاوت فيه فلايؤدى الى النزاع واقتصر المصنف على مادون الدرهم لانه لو اشترى بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس لايجوز عند محمد لعدم العرف وجوزه ابو يوسف للعرف وهو الاصح كما فى الكافى (ولو دفع الى صيرفى) وهو من يميز الجودة من الرداءة (درهما وقال اعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا) اى ماضرب من الفضة مايساوى وزن نصف درهم (الاحبة فسد البيع فى الكل) عند الامام لان الفساد قوى فى البعض وهو قوله نصف درهم الاحبة لتحقق الربوا لانه باع الفضة بالفضة متفاضلا وزن الحبة فيسرى الى البعض الاخر وهو الفلوس لاتحاد الصفقة (وعندهما صح) البيع (فى الفلوس) وبطل فيما يقابل الفضة واصل الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال اعطنى بنصفه فلوسا واعطنى بنصفه نصفا الاحبة جاز البيع فى الفلوس وبطل فيمابقى عندهما كما فى البحر ولهذا قال (ولو كرر اعطنى صح فى الفلوس اتفاقا) لانه لما كرر صار عقدين وفى الثانى ربوا وفساد احد البيعين لايوجب فساد الاخر وفى المنح قال ابو النصر الاقطع هذا غلط من الناسخ لان العقد فيه فاسد عند الامام وعندهما جائز فى الفلوس فاسد فى قدر النصف الاخر على اختلافهم فى الصفقة الواحدة اذا تضمنت الصحيح والفاسد وفى الفتح اعتراض وجواب فليطالع (ولو قال اعطنى به) اى بالدرهم (نصف درهم فلوس) قال المولى سعدى قال ابن الهمام يجوز فى فلوس الجر صفة لدرهم والنصف صفة لنصف ويجوز على رواية الجر ان يكون صفة للنصف والجر على الجوار (ونصفا الاحبة صح فى الكل والنصف) والاولى بالفاء التفريعية (الاحبة بمثله والفلوس بالباقى) لانه ذكر الثمن ولم يقسمه على اجزاء الثمن فيكون النصف الاحبة فى مقابلة مثله ومابقى من نصف وحبة فى مقابلة الفلوس وفى التنوير والاموال ثلثة ثمن بكل حال وهو النقدان صحبته الباء اولا قوبل بجنسه اولا ومبيع بكل حال كالثياب والدواب وثمن من وجه مبيع من وجه كالمثليات فانها ان اتصل بها الباء فهى ثمن والافبيع واما الفلوس فان كانت رائجة الحقت بالثمن والافبالسلعة ومن حكم الثمن عدم اشتراط وجوده فى ملك العاقد عند العقد وعدم بطلان العقد بهلاك الثمن ويصح الاستبدال به فى غير الصرف والسلم وحكم المبيع خلاف الثمن فى الكل

﴿ كتاب الكفالة ﴾

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها لاتكون فى البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التى (وهى) فى اللغة الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اى ضمها الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اى جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها وفى الشرع (ضم ذمة) اى ذمة الكفيل (الى ذمة) اى الى ذمة الاصيل (فى المطالبة) وفى المنح واصله ان الكفيل والمكفول عنه صارا مطالبين للمكفول له سواء كان المطلوب من احدهما هو المطلوب من الاخر كما فى الكفالة بالمال اولا كما فى الكفالة بالنفس فان المطلوب من الاصيل المال ومن الكفيل احضار النفس ولفظ المطالبة باطلاقه ينتظمهما هذا على رأى بعضهم وجزم مسكين فى شرح الكنز بان المطلوب منهما واحد وهو تسليم النفس فان المطلوب عليه تسليم النفس والكفيل قد التزمه اذا علمت هذا ظهر لك انه لايحتاج الى قول صاحب الدرر فى مطالبة النفس اوالمال والتسليم لان المطالبة تشمل ذلك انتهى لكن فيه كلام لان صاحب الدرر قال بعده وانما اخترت تعريفا صحيحا متنا ولا لجميع الاقسام صريحا ولا صراحة فيما نقل صاحب المنح عن المسكين بل على طريق الشمول والتصريح اولى فى التعريف تدبر (لا فى الدين) كما قال بعضهم لكنه (هو) اى كونه ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة (الاصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولادين ثمه وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها ولانه لما ثبت الدين فى ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وهو قلب الحقيقة فلايصار اليه الا عند

الضرورة كما فى العناية وغيرها لكن فيه كلام لان معنى قلب الحقايق عند المحققين انقلاب واحد من الواجب والممتنع والممكن الى الاخر و الدين فعل واجب فى الذمة وهو ههنا تمليك مال بدلا من شئ كما فى القهستانى وقال المولى اخى فى حاشيته تعليل صاحب العناية يعطى عدم صحة الثانى مع ان مقتضى صيغة التفضيل صحته اللهم الا ان يلغى معنى الافضلية فيها كما صرح به فى شرح المفتاح فكانه قال الصحيح الاول فاندفع ما ذكره صاحب الدرر انتهى هذا مخالف لاصطلاح الفقهاء فانهم لا يستعملون الاصح فى معنى الصحيح بل فى مقابلة الصحيح تدبر (ولا تصح) الكفالة (الا ممن يملك التبرع) لانه عقد تبرع ابتداء فلا تصح من العبد والصبى والمجنون لكن العبد يطالب بعد العتق كما فى الخلاصة هذا بيان اهلها واما ركنها فايجاب وقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل ابو يوسف فى قوله الاخر القبول ركنا فجعلها تتم بالكفيل وحده فى المال والنفس وشرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل و فى الدين كونه صحيحا وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل بما هو على الاصيل نفسا او مالا والمدعى مكفول له والمدعى عليه مكفول عنه والنفس او المال مكفول به والمكفول عنه والمكفول به فى الكفالة بالنفس واحد (وهى) اى الكفالة (ضربان) كفالة (بالنفس و) كفالة (بالمال) خلافا للشافعى فى الكفالة بالنفس اذ عنده لا تجوز الكفالة بالنفس فى قول لانه غير قادر على تسليم المكفول له حيث لا ينقاد له بل يمانعه ويدافعه بخلاف الكفالة بالمال لقدرته على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وجه الاستدلال به انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال لا غرم فى كفالة النفس لانا نقول الغرم لزوم ضرر عليه ومنه قوله تعالى ان عذابها كان غراما ويمكن العمل بموجبها بان يخلى بينه وبينه على وجه لا يقدر ان يمتنع عنه او بان يستعين باعوان القاضى على تسليمه مع ان الظاهر انه انما يتكفل بنفس من يقدر على تسليمه وينقاد له وايضا الزام الشئ على نفسه يصح وان كان لا يقدر على الملتزم عليه غالبا كمن نذر ان يحج الف حجة يلزمه ذلك وان كان لا يعيش الف سنة (فالاولى) اى كفالة النفس (تنعقد بكفلت بنفسه وبرقبته ونحوها) اى نحو الرقبة (مما يعبر به عن) جميع (البدن) عرفا كالبدن والجسد والروح والرأس والوجه والعنق والعين والفرج اذا كانت امرأة بخلاف اليد والرجل (او بجزء شايع منه كنصفه او عشره) او ثلثه او ربعها او نحوها لان النفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها وفى المعراج ولو اضاف الجزء اليه بان قال الكفيل كفل لك نصفى او ثلثى فانه لا يجوز (و) تنعقد (بضمنته) اى بقوله ضمنت لك فلانا لانه تصريح بمقتضاه (او هو على) لان كلمة على للالتزام فكانه قال انا ملتزم تسليمه (او الى) لان الى بمعنى على قال عليه الصلاة والسلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا اى يتيما او عيالا فالى وروى على لكونهما بمعنى (او انا زعيم) لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وانا به زعيم اى كفيل (او قبيل به) اى بفلان لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمى الصك قبالة لانه يحفظ الحق (لا) تنعقد (بانا ضامن لمعرفته) لانه التزم معرفته دون المطالبة وقال ابو يوسف يصير ضامنا للعرف وقال ابو الليث هذا القول عن ابى يوسف غير مشهور والظاهر ما عنهما وبظاهر الرواية يفتى كما فى اكثر الكتب وفى التنوير وينعقد بقوله انا ضامن حتى يجتمعا او يلتقيا ويكون كفيلا الى الغاية وقيل لا ينعقد لعدم بيان المضمون هل هو نفس او مال قيد بالمعرفة لانه لو قال انا ضامن تعريفه او على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه اللزوم كما فى البحر ولو قال انا ضامن لوجهه فانه يؤخذ به ولو قال انا اعرفه لا يكون كفيلا وكذا لو قال انا كفيل لمعرفة فلان ولو قال معرفة فلان على قالوا يلزمه ان يدل عليه كما فى الخانية ولو قال فلان آشناء منست او آشنا ست صار كفيلا بالنفس عرفا وبه يفتى كما فى المضمرات (وصح اخذ كفيلين واكثر) لان حكم الكفالة استحقاق المطالبة

وهو يحتمل التعدد فالتزام الاول لايمنع الثاني على ان المقصود منها التوثق واخذ كفيل آخر وآخر زيادة في التوثق فصحت الثانية مع بقاء الاولى وكذا الثالثة فما فوقها (ويجب فيها) اى في الكفالة بالنفس على الكفيل (احضار المكفول به) وهو النفس (اذا طلبه المكفول له) وهو المدعى وفاء بما التزمه (فان لم يحضره) اى ان لم يحضر الكفيل المكفول به بعد الطلب بغير عجز (حبس) على صيغة المبنى للمفعول اى حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء ما وجب عليه ولكن لايحبسه اول مرة حتى يظهر مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المطل هذا اذا اقر بالكفالة بالنفس اما اذا انكرها وثبت بالبينة عند الحاكم فيحبسه اول مرة في ظاهر الرواية وقال الخصاف لايحبسه اول مرة ولو ثبت بالبينة وقيدنا بغير عجز لانه ان عجز فلا حبس بل يلازمه الطالب (وان عين) اى الكفيل (وقت تسليمه) اى المكفول به (لزمه) اى الكفيل (ذلك) اى احضار المكفول به (فيه) اى في الوقت الذى عينه (اذا طلبه) المكفول له في ذلك الوقت او بعده لانه التزمه كذلك (فان سلمه) اليه (قبل مجئ) (ذلك الوقت برئ) الكفيل وان لم يقبله المكفول له لانه ماالتزم تسليمه الامرة وقد اتى به وفي المنح اذا كفل الى ثلاثة ايام كان كفيلا بعد الثلاثة ولايطالب في الحال في ظاهر الرواية وبه يفتى واذا قال انا كفيل بنفس فلان من اليوم الى عشرة ايام صار كفيلا في الحال فاذا مضت العشرة خرج عنها ولو قال انا كفيل بنفسه الى عشرة فاذا مضت العشرة فانا برئ قال ابن الفضل لامطالبة عليه بها لافيها ولابعدها وقال ابو الليث الفتوى على انه لايصير كفيلا وهذا حيلة لمن يلتمس منه الكفالة ولايريد ان يصير كفيلا وفي الواقعات الفتوى على انه يصير كفيلا كما في البحر (فان غاب المكفول به وعلم مكانه امهله الحاكم مدة ذهابه وايابه) وهو مقيد بما اذا اراد الكفيل السفر اليه فان ابى حبسه للحال من غير امهال كما في البزازية (فان مضت) المدة (ولم يحضره) مع امكان الاحضار (حبسه) الحاكم لما ذكرناه (وان غاب) المكفول به (ولم يعلم مكانه لايطالب به) لانه عاجز فعلى هذا اذا التجأ الى باب الجائر ينبغي ان لايطالب به لتحقق العجز كما في الزاهدى وفي البحر ولابد من ثبوت انه غائب لم يعلم مكانه اما بتصديق الطالب او ببينة فان اختلفا ولابينة فقال الكفيل لااعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كان له خرجة معلومة للتجارة في كل وقت فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع والا فالقول للكفيل لتمسكه بالاصل وهو الجهل ولو علم ان المكفول به ارتد ولحق بدار الحرب يؤجل الكفيل ولاتبطل باللحاق بدار الحرب وهو مقيد بما اذا كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبينهم مواعدة انهم يردون الينا المرتد والا فلا ثم كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق بكفيل من الكفيل حتى لايغيب الاخر (فتبطل) الكفالة بالنفس (بموت الكفيل) لحصول العجز الكلي عن التسليم بعد موته ووارثه لايقوم مقامه لان الخليفة فيماله لا فيما عليه بخلاف الكفالة بالمال كما في الهداية وغيرها لكن في السراج نقلا عن الكرخي لاتبطل بموت الكفيل ويطالب وارثه باحضاره (و) تبطل بموت (المكفول به) لامتناع التسليم (ولو) كان المكفول به (عبدا) انما قال هذا لتوهم ان العبد مال مطالب به وكفل بنفسه رجل اما اذا كان المدعى به نفس العبد لايبرأ وضمن قيمته (دون موت المكفول له بل يطالب وارثه اووصيه الكفيل) اى اذا مات المكفول له لم تبطل ويسلمه الكفيل الى ورثته فان سلمه الى بعضهم برئ منهم خاصة وللباقين مطالبته باحضاره فان كانوا صغارا فلوصيهم مطالبته فان سلمه احد الوصيين برئ في حقه وللاخر مطالبته وفي منظومة ابن وهبان انها تبطل بموت الطالب والمعروف في المذهب خلافه كما في البحر (ويبرأ) الكفيل بالنفس (اذا سلمه) اى سلم المكفول به الى المكفول له (حيث تمكن مخاصمته) كما اذا سلمه في مصر سواء قبله الطالب اولا (وان) وصلية (لم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ) لان موجب الدفع اليه البراءة فتثبت وان لم ينص عليها كالمديون اذا سلم الدين واطلاقه

شامل ما اذا قال سلمته اليك بجهة الكفالة اولا ان طلبه منه واما اذا لم يطلبه منه فلابد ان يقول ذلك (و) يبرأ (بتسليم وكيل الكفيل اورسوله) لقيامهما مقامه (و بتسليم المكفول به نفسه من كفالته) هذا قيد فى الجميع يعنى لايبرأ الكفيل حتى يقول المكفول سلمت نفسى اليك من الكفالة والوكيل والرسول كالمكفول لابد من التسليم عنهما والا لايبرأ كما فى المنح فعلى هذا ظهر ضعف ماقيل من انه متعلق بتسليم المكفول به نفسه تدبر هذا اذا كان بغير طلب اما اذا كان بعد طلبه فلايشترط ان يقول سلمته بحكم الكفالة كما مر آنفا فينبغى لصاحب المنح التفصيل تأمل قيد بالوكيل والرسول لانه لو سلمه اجنبى بغيرامر الكفيل وقال سلمت اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برئ الكفيل وان سكت لا (فان شرط تسليمه فى مجلس القاضى فسلمه فى السوق) اى فى سوق المصر (قالوا يبرأ) لحصول المقصود بنصرة اعوان الحاكم (و المختار فى زماننا انه لا يبرأ) سواء كان فى سوق ذلك المصر اوفى سوق مصر آخر وهو قول زفر و به يفتى فى زماننا لتهاون الناس فى اقامة الحق ولمعاونة الفسقة على الخلاص منه والفرار فالتقييد بمجلس القاضى مقيد وهذه احدى المسائل التى يفتى بقول زفر (وان سلمه فى مصر آخر لايبرأ عندهما) لانه قد يكون شهوده فيما عينه او يعرف ذلك القاضى حادثته فلايبرأ بالتسليم فى مصر آخر (و يبرأ عند الامام) ان كان فيه سلطان اوقاض وكانت غير مقيدة بمصر لامكان احضاره الى مجلس القاضى وفى البحر نقلا عن القنية كفل بنفسه فى البلد وسلمه فى الرساتيق صح ان كان فيها حاكم وقال العلاء التاجرى والبدر الطاهر لايصح قال وجوابهما احسن لان اغلب قضاة رساتيق خوارزم ظلمة فلايقدر على محاكمته على وجه العدل انتهى هذا فى زمانهم اما فى زماننا فاكثر قضاة المصر مثل قضاة رساتيق خوارزم اصلحهم الله تعالى بلطفه وكرمه (وان سلمه فى برية اوفى السواد) اى فى القرية التى ليس لها حاكم (لايبرأ) لعدم حصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة (وكذا) لايبرأ ان سلمه فى السجن (وقد حبسه غير الطالب) قيل هذا اذا كان فى سجن حاكم آخر لعدم امكان المخاصمة واما اذا كان فى سجن قاض وقع مخاصمته بين يديه فيبرأ عن الكفالة سواء كان مسجونا له اولغيره لان الحاكم قادر على الاحضار للخصومة ثم يعيده الى السجن (فان كفل رجل بنفسه) اى المديون بمال كذا (على انه) اى الكفيل (ان لم يواف) اى ان لم يأت الكفيل المكفول له (به) اى المكفول عنه يقال وافاه اى اتاه من الوفاء عدى المصنف الى المفعول الثانى بالباء على ماهو القياس عند البعض (غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به) غدا مع قدرته عليه (لزمه) اى الكفيل بالنفس (ماعليه) من المال عندنا لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة اذ الكفالة تشبه النذر ابتداء باعتبار الالتزام اذ لايقابله شئ وتشبه البيع انتهاء باعتبار الرجوع فيكون مبادلة المال بالمال فان علق الكفالة بغير ملايم مثل هبوب الريح لم تصح كالبيع وان بملايم متعارف مثل عدم الموافاة فى وقت تصح كالنذر مع ان هذا التعليق ليس فى وجوب المال بل فى وجوب المطالبة وقال الشافعى لاتصح لانه ايجاب المال بالشرط فلايجوز (وان) وصلية (مات) المكفول به قبل الحضور فيضمن الكفيل المال اذ يثبت بموته عدم الموافاة به ولو مات الكفيل قبل الحضور يضمن وارثه المال ولو مات المكفول له يطالب وارثه (ولايبرأ) الكفيل (من كفالة النفس) بوجود الكفالة بالمال فى هذه المسئلة لانها كانت ثابتة قبلها ولا تنافى كما لو كفلهما وانما قلنا مع قدرته عليه لانه اذا عجز لايلزمه الا اذا عجز بموت المطلوب لما فى الكافى وغيره فان مات المكفول عنه قبل مضى الغد ثم مضى الغد ضمن الكفيل المال لان شرط لزوم المال عدم الموافاة وقد وجد انتهى فعلى هذا تقييد صاحب الفتح بقوله بعد الغد مخالف لما فى الكافى وغيره تتبع وفى التنوير ولو اختلفا فى الموافاة فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها) اى بين صفتها على وجه تصح الدعوى بانها سلطانية او افرنجية (او لم يبينها فكفل بنفسه رجل على انه

ان لم يواف به اى المكفول (غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا لزمه المائة) عند الشيخين لتحقق الشرط لان الكفيل لما عرف المال باللام حيث قال فعليه المائة يحمل على الاصل وهو العهد فينصرف الى المال الذى على المدعى عليه فيخرج عن احتمال مال الرشوة لان المدعى لم يبين المال المدعى فى غير مجلس القضاء تحرزا عن حيلة خصمه فان بين قبل الكفالة فحكمه ظاهر وان بين بعدها يلتحق البيان الى المجمل فصار كما كان المال مبينا عند الدعوى قبل الكفالة فحينئذ تبين صحة الكفالة الاولى و يترتب عليها الاخرى و يكون القول قوله فى البيان اذا اختلفا فيه لانه يدعى صحة الكفالة (خلافا لمحمد) قيل عدم الجواز عنده بناء على انه اطلق المال ولم يقل المال الذى على المدعى عليه فعلى هذا لافرق بين بيان المدعى المال وعدم بيانه وقيل بناء على انه لما لم يبين المدعى لم تصح الدعوى فلم يستوجب احضاره المدعى عليه الى مجلس القاضى فلم تصح الكفالة بالنفس فلا تجوز الكفالة بالمال لابتنائها عليها فعلى هذا تبين ان تكون الكفالة صحيحة ونقل فى الفتح عن قول ابى يوسف اختلاف فليطالع (ولا يجبر) على اعطاء كفيل (فى حد وقصاص) يعنى لو طلب مدعى القصاص او حد القذف من القاضى ان يأخذ كفيلا لنفس المدعى عليه حتى يحضر البينة فالقاضى لايجبره على اعطاء الكفيل كسائر الحدود عند الامام مطلقا لقوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة فى حد من غير فصل ولان مبنى الحدود كلها على الدرء بالشبهة فلا يجبر على استيثاقها بالكفالة (فان سمحت به نفسه) اى لو تبرع المدعى عليه باعطاء كفيل بلا طلب فى حد القذف والقصاص (صح) بالاجماع لان تسليم النفس واجب عليه للطالب فيجوز اعطاء الكفيل بتسليم نفسه له (وقال لا يجبر فى القصاص) لان الغالب فيه حق العبد (وحد القذف) لان فيه حق العبد وان لم يقدر على الاعطاء يأمره بالملازمة معه لا الحبس وهو المراد بالجبر هنا عندهما والحق البعض حد السرقة بهما بخلاف سائر الحدود لانها خالصة لله تعالى ومندرئة بالشبهات فلا حاجة الى الجبر على اعطاء الكفيل للاستيثاق فى حقه تعالى بالاتفاق و يجبر فى دعوى القتل بالخطأ او الجروح به لان موجبها المال وكذا يجبر فى التعزير (فان شهد عليه) اى على المدعى عليه (مستوران) اى غير معلوم فسادهما (فى حد او قود حبس وكذا) يحبس (ان شهد عدل واحد) يعرفه القاضى بالعدالة لان الحبس هنا للتهمة والتهمة تثبت باحدى شطرى الشهادة وهو العدد فى المستور او العدالة فى الواحد بخلاف الحبس فى الاموال لانه غاية عقوبة فيها فلا تثبت الا بحجة كاملة واذا لم يقدر المدعى على اقامة البينة بما ادعاه ولا على اثبات التهمة حتى قام القاضى عن مجلس القضاء خلى سبيله (خلافا لهما فى رواية) اى فى هذه المسئلة عنهما روايتان فى رواية يحبس ولا يكفل كما بيناه وفى رواية يكفل ولا يحبس لعدم ثبوت القذف او القود بالحجة التامة (وصح الرهن والكفالة بالخراج) اذ الامام وظفه الى وقت معين على ما يراه بدلا عن منفعة حفظ المال فيصير دينا فى الذمة و يجوز فيه الكفالة بالنفس بناء على صحة الكفالة بالخراج هو المال بخلاف الزكوة لانها ليست من الديون المطلقة لسقوطها بالموت ثم شرع فى الكفالة بالمال فقال (والكفالة بالمال صحيحة) ولو كان المال (مجهولا اذا كان) ذلك المال (دينا صحيحا) وصحتها بالاجماع وصحت مع جهالة المال لابتنائها على التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المال بعد ان كان دينا صحيحا والدين الصحيح دين لا يسقط الا بالاداء او الابراء وهو احتراز عن بدل الكتابة وسيأتى وفى الاصلاح والمراد من الابراء ما يعم الحكمى وهو ان يفعل فعلا يلزمه سقوط الدين فلا يرد النقض بدين المهر لان سقوطها بمطاوعتها لابن زوجها من قبيل الابراء بالمعنى المذكور وفى المنح ومما يشكل على هذا اصل الكفالة بالنفقة المفروضة غير المستدانة فانها صحيحة مع ان دين النفقة ليس بصحيح لانها تسقط بموت احدهما و بطلاق ولم ار من اجاب عن هذا والظاهر انه اخذ فيه بالاستحسان للحاجة اليه لا بالقياس وقيد بجهالة المال للاحتراز عن جهالة الاصيل والمكفول له لانها مانعة وتمامه فى البحر فليطالع (بتكفلت)

متعلق بقوله صحيحة (عنه) اى عن فلان (بالف) درهم هذا نظير ما كان معلوما (او بما لك عليه) اى بالذى ثبت لك عليه اى فلان هذا نظير ما كان مجهولا (او) تكفلت (بما يدركك) اى يلحقك (فى هذا البيع) من ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع او ضمان المبيع ان لحقه آفة فالمكفول به مجهول لاحتمال استحقاق الكل او البعض فيضمن الكفيل الكل والبعض وفى السراج فاذا استحق المبيع كان للمشترى ان يخاصم البايع اولا فاذا ثبت عليه استحقاق المبيع كان له ان يأخذ الثمن من ايهما شاء وليس له ان يخاصم الكفيل اولا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ان له ذلك واجمعوا ان المبيع لو ظهر حرا كان له ان يخاصم ايهما شاء (وكذا) تصح (او علقها) اى الكفالة (بشرط ملايم) اى بشرط موافق وهو ان يكون الشرط سببا او وجوبه وعبر عنه بالشرط مجازا (كشرط وجوب الحق نحو ما بايعت فلانا) اى ان بعت شيئا من فلان فانى ضامن الثمن لا ما اشتريته فانى ضامن للبيع لان الكفالة بالمبيع لا تجوز فالشرطية كما بعده وهذا من امثلة الكفالة بالمجهول وفى المبسوط ولو قال اذا بعته شيئا فهو على فباعه متاعا بالف درهم ثم باعه بعد ذلك بالف درهم لزم الكفيل الاول دون الثانى لان حرف اذا لا يقتضى التكرار بخلاف كلما وما ومثل اذا ومتى وان ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل ان يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزمه شئ وانما قال ما بايعت لانه لو قال بايع فلانا على انى ما اصابك من خسران فعلى لم يصح (او ما غصبك) اى ان غصب منك فلان فعلى هذا من امثلة المجهول ايضا وفى البحر لو قال ان غصب فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز عند الشيخين وعند محمد يجوز بناء على ان غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافا له (او ما ذاب) اى ثبت او وجب من الذوب (لك عليه) اى على فلان شئ فعلى (او ان استحق المبيع فعلى) جواب الجميع اى ان استحق المبيع مستحق فعلى الثمن كان استحقاق المبيع شرط وجوب الحق فى ذمته وجاز التعليق به لملايمته الشرط (وكشرط امكان الاستيفاء نحو ان قدم زيد) فعلى ما عليه (وهو) اى زيد (المكفول عنه) فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه قيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كما فى هبوب الريح وتمامه فى البحر فليطالع (وكشرط تعذر الاستيفاء نحو ان غاب) زيد المكفول عنه (عن البلد) فعلى ما عليه لان غيبته سبب لتعذر الاستيفاء فهذه جملة الشروط التى يجوز تعليق الكفالة بها ثم الاصل فيه ان الجهالة فى المال المكفول به لا يمنع صحة الكفالة وجهالة المكفول له او المكفول عنه يمنع حتى لو قال من غصبك من الناس او بايعك او قتلك فانا كفيل لك عنه او من غصبته انت او قتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة فى المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول كفلت لك بمالك على احد هذين فحينئذ يجوز فالتعيين الى صاحب الحق كما فى التبيين (وان علقها) اى الكفالة (بمجرد الشرط) اى بالشرط المجرد عن الملايمة (كهبوب الريح ومجئ المطر) بان قال ان هبت الريح او جاء المطر فما على فلان على (بطل) الشرط (وكذا ان جعل احدهما اجلا) كما اذا قال كفلت بكذا الى هبوب الريح او مجئ المطر بطل التأجيل (فتصح الكفالة ويجب المال) على الكفيل (حالا) وفى الهداية ولا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وفى التبيين هذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملايم فصار كما علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملايم ذكره قاضيخان وغيره واجاب بعض الفضلاء لكن لا يخلو عن التعسف بل اذا تأملت حق التأمل ظهر لك ان السؤال باق على حاله ولا يندفع اللهم الا ان يقال يمكن الجواب بان قوله الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا قيد لقوله وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا فقط فحاصله لا يصح التعليق بمجرد الشرط ولا تصح الكفالة ايضا وكذا لا يصح التأجيل اذا جعل

واحدا منهما اجلا فانه تصح الكفالة و يجب المال حالا لايقال انه منقوض بقوله لان الكفالة لما صح
تعليقها بالشرط لانه اراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا اى باجل متعارف فلا يلزم المحذور ويندفع
الاشكال تدبر (وللطالب مطالبة اى شاء من كفيله واصيله) اى يثبت الخيار فى المطالبة ان شاء
طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل وان شاء طالبهما معا لانه موجب الكفالة اذ هى تنبئ عن الضم
كما مر وذلك يقتضى قيام الذمة الاولى لا البراءة (الا اذا شرط براءة الاصيل فتكون حوالة كما ان الحوالة
بشرط عدم براءة المحيل كفالة) لان العبرة فى العقود للمعانى مجازا لا للالفاظ والمبانى (ولو طالب)
الطالب (احدهما) كان (له مطالبة الاخر) بخلاف الغصب منه اذا اختار احد الغاصبين
لان اختيار احدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضى به ولا يمكنه التمليك من الاخر بعد واما
المطالبة بالكفالة لاتقتضيه ما لم توجد منه حقيقة الاستيفاء (فان كفل بماله عليه فبرهن)
الطالب (على الف لزمه) اى لزم الالف الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولا يكون قول
الطالب حجة عليه كما لا يكون حجة على الاصيل لانه مدع (وان لم يبرهن) الطالب (صدق الكفيل
فيما اقر به مع يمينه) اى فالقول للكفيل فيما يقر به مع يمينه على نفى العلم لا على البتات كما فى الايضاح
(و) صدق (الاصيل فى اقراره باكثر) مما اقر به الكفيل (على نفسه خاصة) لا على الكفيل
لانه اقرار على الغير وقيد بماله عليه لانه لو كفل بما ذاب اى حصل لك على فلان او بما ثبت فاقر
المطلوب بمال لزم الكفيل اما لو ابى الاصيل اليمين فالزمه القاضى فلم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار
كما فى البحر (فان كفل بلا امره) اى المكفول عنه (لا يرجع) الكفيل (عليه) اى على المكفول عنه
(بما ادى عنه) لانه متبرع بادائه بغير رجوع خلافا لمالك (وان) وصلية (اجازها) اى
الكفالة (المكفول عنه) بعد العلم لان الكفالة لزمته ونفذت عليه بغير امر غير موجبة للرجوع
فلا تنقلب موجبة له هذا اذا اجاز بعد المجلس اما اذا اجاز فى المجلس فانها تصير موجبة للرجوع
كما فى العمادية (وان) كفل (بامره رجع) عليه بما ادى عنه لانه قضى دينه بامره معناه اذا ادى ما ضمن
اما اذا ادى خلافه بان كان الدين المكفول به جيدا فادى ردياً او بالعكس فان رجوعه بما ضمن
لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بما ادى وتمامه
فى المنح فليراجع ومعنى الامر ان يشتمل كلامه على لفظة عنى كأن يقول اكفل عنى او اضمن عنى لفلان
فلو قال اضمن الالف التى لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لجواز ان يكون القصد ليرجع او ليطلب
التبرع فلا يلزم المال كما فى البحر والمتبادر من الامر امر من يصح امره شرعا فلا رجوع على الصبى
والعبد المحجور بن اذا ادى كفيلهما بالامر لعدم صحته منهما ولكن يرجع على العبد بعد عتقه
فلا رجوع على الصبى مطلقا (ولا يطالبه) اى لا يطالب الكفيل اصيلا بمال (قبل الاداء) الى مكفول له
لان الموجب للمطالبة وهو التملك ولا يملك قبل الاداء و يملكه بعده فيرجع (فان لوزم) الكفيل من
جهة الطالب (فله) اى للكفيل (ملازمته) اى ملازمة المكفول عنه حتى يخلصه وهو مقيد
بما اذا كانت الكفالة بامره (وان حبس) الكفيل (فله حبسه) اى للكفيل ان يحبس المكفول عنه
لان ما لحقه كان لاجله فله ان يعامله بمثله هذا اذا لم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله والا فلا يلازمه
ولا يحبسه كما فى السراج (ويبرأ الكفيل باداء الاصيل) لان براءة الاصيل توجب براءته لانه ليس
عليه دين فى الصحيح وانما عليه المطالبة فيستحيل بقاؤها بلا دين كما ذكره الزيلعى تبعا للهداية
وظاهره ان القائل بان الكفيل عليه دين لا يبرأ باداء الاصيل وليس كذلك بل يبرأ اجماعا لان تعدد
الدين عند القائل به حكمى فيسقط باداء واحد كما فى البحر (وان ابرأ الطالب الاصيل) وهو المطلوب
(او اخر) الطالب (عنه) اى الاصيل بان اجل دينه (برئ الكفيل) فى الصورة الاولى (وتأخر)
الدين (عنه) اى عن الكفيل يعنى يتأخر فى حقه ايضا لانه ليس عليه المطالبة وهى تبع للدين

فتسقط بسقوطه وتأخر بتأخيره بخلاف ما اذا تكفل بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث يبرأ الاصيل دون الكفيل وفى السراج ويشترط قبول الاصيل البراءة فان ردها ارتدت وهل يعود الدين على الكفيل فيه قولان وموت الاصيل كقوله وفى القنية براءة الاصيل انما توجب براءة الكفيل اذا كانت بالاداء او بالابراء فان كانت بالحلف فلا (وان ابرأ) الطالب (الكفيل اواخر) الدين (عنه) اى عن الكفيل (لايبرأ الاصيل ولايتأخر عنه) اى عن الاصيل اذ الاصل فيه ان الاصول لاتتبع الفروع فى الوصف والايلزم عكس الموضوع (فان كفل بالدين الحال مؤجلا الى وقت) اى الى شهر مثلا (يتأجل عن الاصيل ايضا) لانه لامطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين كما فى التبيين (ولو صالح الكفيل) الطالب (عن الف على مائة برآ) اى الاصيل والكفيل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين على الاصيل فيبرأ عن تسعمائة فبراءته توجب براءة الكفيل ثم برآ جميعا عن المائة باداء الكفيل (ورجع الكفيل بها) اى بالمائة فقط (على الاصيل ان كفل بامره) اذ بالاداء يملك ما فى ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع بخلاف الابراء لان بالابراء يسقط الدين فلا يملكه الكفيل فلا يرجع (وان صالح) الكفيل الطالب (عن الف بجنس آخر) كالثوب وغيره رجع الكفيل على الاصيل (بالالف) كله لان هذا الصلح يكون مبادلة فيصير الالف بمقابلة الثوب فيملك ما فى ذمة الاصيل فيرجع بكله عليه وتوضيحه ان الالف فى الاصل فى ذمة الاصيل ثم انتقل عنه وثبت فى ذمة الكفيل حين اخذ الطالب منه فيصح تمليك الطالب الدين الالف من الكفيل لكونه تمليك الدين ممن عليه الدين وكذا يصح التمليك من الكفيل بالهبة اذا اذن له بالقبض فصار كانه اخرجه عن الكفالة و وكله بالقبض فقبضه ثم وهبه فيصير تمليك الدين ممن عليه الدين مع الكفيل مسلطا على الدين فى الجملة (وان صالح) الكفيل (عن موجب الكفالة) وهو المطالبة على شئ بشرط ابراء الكفيل خاصة (برئ هو) اى الكفيل فقط (دون الاصيل) لان ابراء الكفيل عن الكفالة يصير فسخا لكفالته لااسقاطا لاصل الدين (وان قال الطالب للكفيل بالامر برأت الىّ من المال رجع الكفيل على اصيله) لان البراءة التى ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لايكون الا بالايفاء فيرجع فصار كاقراره بالقبض منه والدفع اليه واستفيد منه براءة المطلوب للطالب لاقراره كالكفيل كما فى المنح وكذا) رجع الكفيل على اصيله (فى) قول الطالب للكفيل (برأت) دون الىّ (عند ابى يوسف) لانه اقر براءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء (خلافا لمحمد) لان البراءة تكون بالاداء والابراء فيثبت الادنى وهو الابراء ولايرجع الكفيل بالشك (وفى) قول الطالب للكفيل (ابرأتك لايرجع) الكفيل الى الاصيل لانه ابراء لاينتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء قيل جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب غائبا (وان كانت الطالب حاضرا يرجع اليه فى البيان فى الكل) لانه هو المجمل حتى فى برأت الى لاحتمال لانى ابرأتك مجازا وان كان بعيدا فى الاستعمال كما فى النهاية قيد بقوله برأت او كتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها كان اقرارا بالقبض عندهم جميعا كقوله برأت لانه الى بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لايثبت الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء كما فى الفتح (ولا يصح تعليق البراءة عن الكفالة) بالمال (بالشرط) مثل اذا جاء غد فانت برئ من الكفالة بالمال فجاء غد لايبرأ عنها اذ شرطه باطل وكفالته جائزة (كسائر البراآت) لان فى الابراء معنى التمليك والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط لكونه قمارا هذا ظاهر على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل وعلى قول غيره ان تمليك المطالبة كتمليك الدين لانها وسيلة اليه وكذا لايجوز تعليق براءة الاصيل لان معنى التمليك فيه ظاهر اذ المال واجب عليه بخلاف تعليق البراءة من الكفالة بالنفس اذ ليس فيه معنى التمليك لانه مجرد اسقاط ويروى انه يصح لانه عليه المطالبة دون الدين فى الصحيح وكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لايرتد ابراء الكفيل

بالرد بخلاف الاصيل كما فى الهداية وعن هذا قال (والمختار الصحة) اى صحة تعليق البراءة
عن الكفالة قيل المراد بالشرط الشرط المحض الذى لا منفعة للطالب فيه اصلا كدخول الدار
ومجئ الغد لانه غير متعارف اما اذا كان متعارفا فانه يجوز كما فى تعليق الكفالة لما فى الايضاح الكفيل
بالمال والنفس لو قال ان وافيتك غدا فانا برئ من المال فوافاه غدا يبرأ من المال فقد جوز تعليق البراءة
عن الكفالة بالمال وكذا اذا علق البراءة باستيفاء البعض يجوز او علق البراءة عن البعض بتعجيل
البعض يجوز كما فى مبسوط شيخ الاسلام فعلم ان فيه اختلاف الروايتين فرواية عدم الجواز محمول
على ما اذا كان غير متعارف ورواية الجواز محمول على ما اذا كان متعارفا كما فى البحر (ولا تجوز
الكفالة بما تعذر استيفاؤه) اى لا يمكن استيفاؤه شرعا (من الكفيل كالحدود والقصاص) مطلقا
بالاجماع لعدم امكان ايجابهما على من تكفل لعدم جريان النيابة فى العقوبة بخلاف الكفالة بنفس
من عليه الحد والقصاص كما مر فعلى هذا لا يلزم الاستدراك بما مر كما قيل (ولا تجوز) الكفالة
(بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع) فى البيع الصحيح بعينه قبل القبض (والمرهون) بعد القبض
(ولا) تجوز الكفالة (بالامانات كالوديعة والمستعار والمستأجر) بفتح الجيم (ومال المضاربة
والشركة) لان من شرط صحة الكفالة ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه
ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله ليتحقق معنى الضم فيجب على الكفيل والمبيع قبل القبض ليس
بمضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن الا يرى انه لو هلك لا يجب عليه شئ بل ينفسخ البيع وكذلك
الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل
وهو ليس بواجب على الاصيل وكذا الامانات ليست بمضمونة على الاصيل لا عينها ولا تسليمها فلا يمكن
جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها (ولا) تجوز الكفالة (بدين غير صحيح كبدل
الكتابة) لانه فى معرض الزوال فلا يكون دينا صحيحا (حر كفل به) اى بالدين (او عبد) وانما قال
هذا لدفع توهم ان كفالة العبد به ينبغى ان تصح لانه يجوز ثبوت هذا الدين عليه لان العبد محل
الكتابة فخصه (وكذا بدل السعاية عند الامام) لان المستسعى كالمكاتب عنده فلا تصح الكفالة
ببدلها وعندهما تصح لان المستسعى حر مديون عندهما (ولا) تجوز الكفالة (بالحمل على دابة معينة)
مستأجرة للحمل او بخدمة عبد معين) مستأجر للخدمة لعجز الكفيل عن تسليم الحمل على دابة
معينة لانها ملك الغير ولو حمل دابة اخرى لا يستحق الاجر اذا وحمل الموجر على الدابة الغير المعينة
لا يستحق الاجر فثبت العجز فى هذه الصورة بالضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف غير المعين
لعدم العجز عن تسليم الحمل اذ يمكنه الحمل على اى دابة كانت لان المستحق هو الحمل لا الغير والغرض
هو الاجر (ولا) تجوز الكفالة (عن ميت مفلس) يعنى اذا مات من عليه دين ولم يترك شيئا
فكفل عنه للغير ماء رجل لم تصح عند الامام لانه كفل بدين ساقط فى حق احكام الدنيا بالضرورة
اذ لم يترك مالا ولا كفيلا به والكفالة بالساقط لا تجوز وجواز التبرع محمول على ان الدين باق فى حق الداين
(خلافا لهما) فان عندهما تجوز الكفالة لان الدين لما كان ثابتا فى حياته لا يسقط الا بالاداء او بالابراء
ولم يوجد شئ منهما فبقى عليه وكذا يطالب به فى الآخرة حتى من تبرع بقضائه يجوز لما روى انه
عليه الصلاة والسلام اتى بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان او دينار
فامتنع من الصلوة فقال صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة فقال هما على يا رسول الله فصلى عليه
(ولا) تجوز الكفالة (بلا قبول الطالب فى المجلس) اى فى مجلس عقد الكفالة سواء كفل بالنفس
او بالمال عند الطرفين (وقال ابو يوسف تجوز مع غيبته) اى غيبة الطالب (اذا بلغه) خبر الكفالة
(فاجاز) كسائر تصرفات الفضولى وفى بعض نسخ المبسوط لم يشترط الاجازة وهو الاظهر عنه
لانه تصرف التزام فيستبد به الملتزم ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما

جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ماوراء المجلس الا ان يقبل عن الطالب فضولى فانه تصح
ويتوقف على اجازته وللكفيل ان يخرج نفسه عنها قبل اجازته كما فى الحقايق وغيره وبه علم ان قبول
الطالب بخصوصه انما هو شرط النفاذ واما اصل القبول فى مجلس الايجاب فشرط الصحة فعلى هذا
ان المصنف لو ترك قوله الطالب لكان اولى كما فى الاصلاح وفى الدرر الفتوى على القول الثانى كما فى تلخيص
الجامع الكبير والبزازية لكن فى انفع الوسائل الفتوى على قولهما وفى تصحيح الشيخ قاسم والمختار
قولهما عند المحبوبى والنسفى وغيرهما ولهذا قدمه المصنف تدبر قيد بالانشاء لانه لو اخبر عن الكفالة
حال غيبة الطالب تجوز اجماعا (فان قال المريض لوارثه تكفل عنى بما على فكفل) الوارث (مع غيبة
الغرماء جاز اتفاقا) وان كان القياس ان لا تجوز لان الطالب غائب ولا يتم الضمان الا بقبوله وجه
الاستحسان ان ذلك وصية فى الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح
اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا
حضر بنفسه وانما تصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا
فى هذه الحالة (ولو قال له) اى المريض هذا القول (لاجنبى اختلف فيه المشايخ) فمنهم من قال
بالجواز تنزيلا المريض منزلة الطالب ومنهم من قال بعدمه لان الاجنبى غير مطالب بقضاء دينه
بلا التزام وكان المريض والصحيح سواء والاول اوجه كما فى الفتح وتمامه فى البحر فليطالع (وتجوز)
الكفالة (بالاعيان المضمونة بنفسها) عندنا خلافا للشافعى فى قول فى الاعيان لكن المناسب للمصنف
ان يذكر عقيب قوله ولا تجوز بالاعيان المضمونة بغيرها (كالمقبوض على سوم الشراء) اى على
طلبه بعد تسمية الثمن لانه مضمون عليه حتى اذا هلك عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه
فامكن ايجابه على الكفيل (والمغصوب) لانه مضمون بعينه فان كان المضمون عينا قائما فيلزم
الضامن احضارها وتسليمها وقيمتها ان هلكت وان كان المضمون مستهلكا فالمضمون قيمته
(والمبيع) بيعا (فاسدا) لان المقبوض فى البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلك يجب عليه
قيمته (و) تجوز الكفالة (بتسليم المبيع الى المشترى والمرهون الى الراهن والمستأجر) بفتح
الجيم (الى المستأجر) بكسر الجيم لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن التزامه فصار
نظير التكفيل بالنفس لانه مادام قائما يجب عليه تسليمه وان هلك يبرأ وقيل ان كان تسليمه واجبا
على الاصيل كالعارية جازت الكفالة بتسليمه وان كان غير واجب على الاصيل كالوديعة ومال
المضاربة والشركة لا تجوز الكفالة بتسليمه كما فى التبيين (و) تجوز الكفالة (بالثمن) لانه دين
صحيح مضمون على المشترى كسائر الديون

﴿ فصل ﴾

(ولو دفع الاصيل المال الى
كفيله) ليدفعه الى الطالب (قبل دفع الكفيل الى الطالب لا يسترده) اى لا يسترد الاصيل
المال المدفوع (منه) اى من الكفيل لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين
فلا تجوز المطالبة مابقى هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعى وانما ينقطع
هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه فاذا ادى بنفسه يسترد من الكفيل ما اخذه ولانه ملكه بالقبض
واطلاقه شامل ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال خذ هذا المال واعط الطالب
فلا يسترد لكنه لا يملكه بالقبض لتمحضه امانة فى يده وان دفعه على وجه الاقتضاء بان قال له
انى لا آمن ان يأخذ الطالب حقه منك فانا اقضيك المال قبل ان تؤدى به لم يكن رسالة والفرق
بينهما انما هو من جهة ملك المدفوع للقابض وعدمه واما ما قاله الفاضل المعروف بابن الشيخ
فى شرح الوقاية من انه لو دفع على وجه الرسالة فله ان يسترد لانه محض امانة فى يده مخالف لاكثر
المعتبرات كما لا يخفى تدبر واشار الى ان بالكفالة صار للكفيل على الاصيل دين لو كفل بامره ولهذا
لو اخذ الكفيل منه رهنا قبل ان يؤدى عنه جاز ولو ابرأه الكفيل او وهبه قبل الاداء عنه صح حتى

اوادى عنه لم يرجع فثبت ان له دينا عليه لكن لارجوع له قبل الاداء كما فى البحر (وما ربح فيه الكفيل فله) اى للكفيل يعنى ان الربح الذى حصل فى هذا المال بمعاملة الكفيل حلال طيب له (ولا يتصدق به) لما ذكر انه حصل على ملكه ولافرق بين ان يكون قضى الدين هو اوقضاه الاصيل كما فى البحر وهو مقيد بما اذا قبضه على وجه الاقتضاء واما اذا قبضه على وجه الرسالة فانه لاملك له فلا يطيب له الربح على قولهما وعند ابى يوسف يطيب له (ورده) اى رد الربح (الى المطلوب احب ان كان المدفوع شيئا يتعين كالبر) يعنى اذا كانت الكفالة بكر برفقبضه الكفيل من المكفول عنه وباعه وربح فيه فالربح للكفيل لكن يستحب له ان يرده على المكفول عنه ولا يجبر عليه عند الامام فى رواية الجامع الصغير وهذا اذا قضى الاصيل الدين (خلافا لهما) اى قالا هو له ولا يرده وهو رواية عن الامام وعنه انه يتصدق به قيد بما يتعين لان ربح مالا يتعين لايستحب رده على المطلوب وهل يطيب للاصيل اذا رده الكفيل عليه قال فى الغاية ان كان الاصيل فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه ان يطيب لانه انما يرد عليه على انه حقه (ولو امر الاصيل كفيله ان يتعين عليه) اى يشترى (ثوبا) بطريق العينة بكسر العين (ففعل) الكفيل (فالثوب للكفيل والربح) الذى حصل للبايع يكون (عليه) اى الكفيل لا الآمر بيانه ان الاصيل امر الكفيل بان يشترى له ثوبا باكثر من القيمة ليقضى به دينه بطريق العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا نسيئة فى نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمى به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشترى نظرا الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان المبيع غير متعين وكذا الثمن غير معين لجهالة مازاد على الدين وكيف ما كان فالمشترى المشترى وهو الكفيل والربح اى الزيادة عليه لانه العاقد كما فى الهداية وفى العناية ومن الناس من صور للعينة صورة اخرى وهو ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا فى الصورة التى ذكرها صاحب الهداية فيبيع صاحب الثوب الثوب باثنى عشرة من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة فيأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله عليه الصلاة والسلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياك والعينة فانها لعينة انتهى لكن هذا مخالف لما فى الخانية حيث قال بعد تصويرها بقوله رجل له على رجل عشرة دراهم فاراد ان يجعلها ثلثة عشر الى اجل قالوا يشترى من المديون شيئا بتلك العشرة فيقبض ثم يبيع من المديون بثلثة عشر الى سنة فيقع التحرز عن الحرام ومثل هذا مروى عن رسول الله عليه الصلاة والسلام ثم قال بعد تعداد الصور الاخر وهذه الحيل هى العينة التى ذكرها محمد قال مشايخ بلخ بيع العينة فى زماننا خير من البيوع التى فى اسواقنا انتهى لكن التحرز اولى (ومن كفل لاخر بما ذاب له على غريمه او بما قضى له به عليه فغاب الغريم فبرهن الطالب على الكفيل بان له على الغريم الفا لايقبل) برهانه على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضى عليه لان المكفول به مال مقضى او مال يقضى به لا غير لان ذاب بمعنى وجب ولم يجب هنا للطالب على الغائب مال شرعا ولذا لو اقر الكفيل لايلزمه المال لان بالاقرار لايثبت الوصف المذكور بل بالقضاء وهو منتف اذا لم يتعرض الطالب لقضاء القاضى بالمال فى دعواه ولا فى اقامته حتى لو تعرض وقال قدمت المطلوب بعد الكفالة الى القاضى الفلانى واقمت عليه بينة بالف وقضى لى عليه بذلك يقضى بالالف على الكفيل وعلى الغائب حتى لو اقر الكفيل لزمه الالف فى هذه

الصورة (ولو برهن) الطالب (انله على زيد) الغائب (الفا وهذا كفيله) اى بهذا المال (بامره قضى به عليهما) اى على الكفيل والاصيل ففى المسئلة قيود معتبرة الاول ان الكفالة مقيدة بهذا المال والثانى ان هذا المال المكفول به غير مقيد بانه قضى به على المكفول عنه بعد الكفالة بل هو مال مطلق وبهذا القدر تمتاز هذه المسئلة عن المسئلة السابقة اذ المكفول هنا مقيد بقضاء القاضى والثالث ان هذه الكفالة مقيدة بانها بامر الاصيل اذ الامر يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه واما اذا لم يكن بامره فهى لاتتضمن الاقرار فالقضاء على الكفيل لايتضمن القضاء على الاصيل والى هذا اشار بقوله (ولو بلا امره قضى على الكفيل فقط) لا على الاصيل فليس للكفيل حق الرجوع على الاصيل بخلاف الكفالة بامره فان له حق الرجوع عليه بعد اداء المال خلافا لزفر لانه لما انكر كان زعمه ان هذا الحق غير ثابت بل المدعى ظالم فلايكون له ان يظلم غيره قلنا الشرع كذبه فبطل زعمه وفيه تنبيه على ان القضاء على الغائب جائز اذا كان الاثبات على الحاضر متضمناله فكم من شئ يثبت ضمنا ولايثبت اصالة اذ التعدى الى الغائب فى ضمن القضاء بالامر ضرورى وفى الكفاية قال مشايخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب ثم قال وكذا كل من ادعى على آخر حقا لايثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصما عن الغائب (وضمان الدرك للمشترى عند البيع تسليم) اى تصديق من الكفيل بان المبيع ملك البائع (يبطل) من ابطل (دعوى الضامن) على المشترى (المبيع) مفعول دعوى (بعد ذلك) لان هذا الضمان ترغيب للمشترى فى الابتياع والترغيب بمنزلة الاقرار بملك البائع فلا تصح دعوى الملكية لنفسه بعد ذلك للتناقض حتى لايسمع طلب الشفعة منه ولو فرض صحة دعواه لرجع المشترى عليه بحكم الكفالة فلايفيد (وكذا) يكون تسليما ولا تصح دعواه بعد هذا (او كتب شهادته) على البيع (وختم) اى وضع خاتمه على عادة السلف (على صك) متعلق بكتب وختم على سبيل التنازع (كتب فيه) صفة صك (باع ملكه او) باع (بيعا باتا) نافذا اذ البيع على هذا الوجه لايكون الا فى ملكه فالدعوى لنفسه بعد الاقرار لغيره متناقض فلا تسمع وانما قلنا على عادة السلف لانهم كانوا يختمونه بعد كتابة اسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لايختلف وفى الفتح الختم امر كان فى زمانهم وليس هذا فى زماننا قيد بقوله باع ملكه او بيعا باتا لانه لو كتب شهادته فى صك بيع مطلق عن قيد الملكية وكونه نافذا باتا لايكون تسليما بل تسمع بعده دعوى الملكية اذ ليس فيه مايدل على اقراره بالملك للبائع لان البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ماتقدم فانه مقيد بما ذكر كما فى المنح (بخلاف ما لو كتبها) اى شهادته (على اقرار العاقدين) فانه لايكون تسليما اذ لايتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار ولو اخبر ان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه (وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل باطل) يعنى اذا باع رجل لرجل ثوبا بامره ثم ضمن الثمن عن المشترى للآمر لايصح (وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال) باطل يعنى اذا باع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب المال لايصح لان الكفالة التزام المطالبة وهى اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه اذ حقوق العقد ترجع اليهما فلا يفيد ضمانهما بخلاف من لاترجع اليه الحقوق كالوكيل بالتزويج ان ضمن المهر والمأمور ببيع الغنائم من قبل الامام ان ضمن الثمن والرسول بالبيع ان ضمن الثمن لان كل واحد منهما سفير ومعبر فيصح ضمانهم وكذا الوكيل بقبض الثمن اذا ضمن الثمن عن المشترى للموكل يصح (و) كذا (ضمان احد الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعاه صفقة واحدة) باطل يعنى لو باع رجلان ثوبا من رجل صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان لانه لو صح مع الشركة يصير ضامنا لنفسه فلو صح فى نصيب صاحبه لادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذا باطل (وصح) ضمان احد

الشريكين (او بصفقتين) لان الصفقة اذا تعددت فايجب لكل منهما بعقده يكون له خاصة الا يرى ان المشترى اوقبل نصيب احدهما ورد الآخر صح (وضمان الدرك) صحيح لانه ضمان الثمن عندورود الاستحقاق لانه المفهوم فيما بين الناس فكان المضمون معلوما وهو قادر على الوفاء بما التزم فصح (و) ضمان (الخراج) صحيح لما مر انه دين مطالب من جهة العباد بخلاف الزكوة وفى البحر اطلقه فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة وخصه بعضهم بالموظف وهوما يجب فى الذمة ونفى الضمان بخراج المقاسمة لانه لم يكن دينا فى الذمة والرهن كالكفالة بجامع التوثق فيجوز فى كل موضع تجوز الكفالة فيه كما ذكره الزيلعى وهو منقوض بالدرك فان الكفالة به جائزة دون الرهن انتهى لكن التخصيص واجب بقرينة قوله اورهن به فانه لايصح الرهن بخراج المقاسمة تأمل ولو اكتفى فيما سبق بقوله وصح الرهن والكفالة بالخراج لكان اخصر تدبر (و) ضمان (القسمة صحيح) خبر الكل من ضمان الدرك والخراج والقسمة قيل هى النوائب بعينها او حصة منها فعلى هذا النوائب الآتية مستدركة تدبر وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة الديوانية فى كل شهر اوسنة والمراد بالنوائب غير راتب بل يلحقه احيانا ويحتمل ان يقع ويحتمل ان لايقع وقيل المراد بالقسمة اجرة القسام وقال ابوجعفر معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه فضمنها انسان صح لانها واجبة عليه وقيل معناها اذا اقتسما ثم منع احدهما قسم الاخر كما فى شرح التسهيل (وكذا ضمان النوائب) وفى الصحاح النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر وفى اصطلاحهم قيل ارادوا بها مايكون بحق وقيل المراد بها ماليس بحق وعن هذا قال (سواء كانت بحق ككرى النهر المشترك (واجرة الحارس) والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى فان الكفالة بها جائزة بالاتفاق لانه كفل بما هو مضمون على الاصيل (او بغير حق كالجبايات) التى فى زماننا تأخذها الظلمة بغير حق ففى جوازها اختلاف المشايخ فقال بعضهم لاتجوز الكفالة منهم صدر الاسلام البزدوى لانها ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة اوالدين وهنا لامطالبة ولادين شرعيين فلم يتحقق معناها وقال بعضهم تجوز منهم فخر الاسلام على البزدوى لانها فى المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة المطالبة لانها شرعت لالتزامها فى المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية ولذا قلنا من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالعدل يوجر وان كان الآخذ بالاخذ ظالما وقلنا من قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع وهو الصحيح كمن قضى دين غيره بامره كما فى البحر وفى الاصلاح والفتوى على الصحة فانها كالديون الصحيحة حتى لو اخذت من الاكار فله الرجوع على مالك الارض وهو اختيار المصنف (وضمان العهدة باطل) لاشتباه المراد بها لاطلاقها على الصك القديم وعلى العقد وعلى حقوقه وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل للجهالة (وكذا ضمان الخلاص) باطل عند الامام (خلافا لهما) اى قالا هى صحيحة بناء على تفسيرها بتخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك فى المعنى والامام فسرها بتخليص المبيع لامحالة ولاقدرة عليه لان المستحق لايمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع اورد الثمن جاز لامكان الوفاء به وهو تسليمه ان اجاز المستحق او رده ان لم يجز والخلاف راجع الى التفسير كما فى البحر والخلاف لفظى فقط تدبر (ولو قال الكفيل ضمنته الى شهر وقال الطالب بل) ضمنته (حالا فالقول للكفيل وفى الاقرار) يعنى من قال لاخر لك على مائة الى شهر فقال المقرله هى حالة فالقول (للمقرله) والفرق ان الكفيل لم يقر بالدين فلادين عليه فى الصحيح بل اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر والطالب يدعى عليه المطالبة فى الحال وهو ينكر فالقول له والمقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه هو تأخير المطالبة الى شهر فلايقبل قوله بلا بينة وقال الشافعى القول للمقر فى الفصلين وكذا يروى عن ابى يوسف (ولا يؤخذ ضامن الدرك ان استحق المبيع مالم يقض

بثمنه على بايعه) لان المبيع لاينتقض بمجرد الاستحقاق على ظاهر الرواية ما لم يقض بالثمن على البايع فلايجب رد الثمن على الاصيل فلايجب على الكفيل وعن ابي يوسف وهو قول الائمة الثلثة انه يرجع بمجرد القضاء بالاستحقاق وفي التنوير قال لاخر اسلك هذا الطريق فانه آمن وسلك واخذ ماله لم يضمن ولو قال ان كان مخوفا واخذ مالك فانا ضامن ضمن

﴿باب كفالة الرجلين والعبدين﴾

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين والاثنين بعد الواحد طبعا فاخروضعا (دين عليهما) اي على اثنين لاخر بان اشتريا منه ثوبا (وكفل كل) واحد من الاثنين (عن صاحبه) جاز العقد لعدم المانع اذ يكون كل واحد منهما في النصف اصيلا وفي النصف الاخر كفيلا (فما اداه احدهما) اي فما ادى احدهما من الدين نصفه (لا يرجع به) اي بما ادى (على الاخر) اي على شريكه وان عين عن نصيب صاحبه لان وقوع الاداء عما هو عليه اصالة اولى من وقوعه كفالة اذ الاول دين مع المطالبة والثاني مطالبة فقط ولانه لووقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه ان يرجع عليه بان يجعل المؤدي عنه لان المؤدي نائبه واداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور (الا ذازاد على النصف) فينصرف الى ماعليه كفالة فيرجع على شريكه ان كفل بامره (ولو كفلا) اي الاثنان (بمال عن رجل) بالتعاقب (وكفل كل) واحد (منهما به) اي بجميع المال (عن صاحبه) يعني اذا كان على رجل الف درهم مثلا فكفل عنه اثنان كل منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل منهما عن صاحبه بمالزمه بالكفالة اذ الكفالة بالكفيل جائزة (فما اداه) كل منهما (رجع بنصفه على شريكه) قليلا كان المؤدي او كثيرا اذ الكل كفالة فلارجحان لكل من الكفالتين على الاخرى بالمطالبة ثم يرجعان على الاصيل (اورجع) هو (بكله) اي بكل ما اداه (على الاصيل) ابتداء (لو) كفل (بامره) اذا كفل كل منهما بالجميع فلايؤدي الى الدور هذا اذا كفل كل منهما عن صاحبه بالجميع واما اذا كفل كل منهما بالنصف ثم كفل كل صاحبه فهي كالمسئلة الاولى في الصحيح وكذا لو كفلا على الاصيل بالجميع ثم كفل عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلايكون كفيلا عن الاصيل بالجميع اوكفل كل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل صاحبه بالنصف لمغايرة جهة الضمان كما في الدرر وغيره (ولو ابرأ الطالب احدهما) اي احد الاثنين (فله) اي للطالب (اخذ) الكفيل (الاخر بكله) اي بكل المال لان كلا منهما كفيل بالكل عن الاصيل فيأخذه به (ولو فسخت المفاوضة) اي لو اشترى احد المفاوضين شيئا ثم فسخت المفاوضة بينهما (فلرب الدين اخذ من شاء من شريكيها) اي شريكي المفاوضة (بكل دينه) لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة فلاتبطل بالافتراق قيد بالمفاوضة لان شريك العنان لايؤاخذ عن شريكه لانها لاتتضمن الكفالة بل الوكالة كما مر في الشركة (وما اداه احدهما لايرجع به) اي بما ادى على الاخر (مالم تزد به على النصف) لما بيناه آنفا (واذا كوتب العبدان بعقد واحد) بان قال المولى كاتبتكما على الف وقبلا (وكفل كل) من العبدين (عن صاحبه) صح العقد (ورجع كل منهما على الاخر بنصف ما ادى) والقياس ان لايصح لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع اولى فصار كما اذا تعاقبت كتابتهما فانه باطل ولهذا قال بعقد وجه الاستحسان ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن هنا بان يجعل كل المال على كل منهما في حق المولى وحق نفسه وعتق الاخر معلق بادائه لان معنى قوله كاتبتكما بالف ان اديتما الف درهم فانتما حران فكانه قال لكل منهما ان اديت الالف فانت حر فيكون عتق كل واحد معلقا باداء الالف ولايحصل عتقه باداء نصفه اذ الشرط يقابل المشروط جملة ولايقابله اجزاء فيطالب المولى كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الاخر تبعا له كما في ولد المكاتب فما ادى احدهما رجع على الاخر لاستوائهما ولو رجع الكل اولم يرجع

بشئ انتفى المساواة كما فى الدرر قيد بقوله وكفل لانه لوكاتبهما معا ولم يزد على ذلك لزم على كل واحد منهما حصته ويعتق باداء حصته فلوزاد على انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق ولم يذكر الكفالة فعندنا لا يعتق واحد منهما مالم يصل جميع المال الى المولى خلافا لزفر فانه قال يعتق باداء حصته (وان اعتق السيد احدهما) اى احد العبدين المكاتبين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل منهما عن صاحبه قبل الاداء (صح) عتقه لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه مارضى بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق ومابقى وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الاخر لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتيهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عن الاحتيال فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا ينتصف كما فى الهداية (وله) اى للمولى (ان يأخذ حصة الاخر منه) اى من الاخر (اصالة اومن العتق كفالة ويرجع المعتق فقط بما ادى على صاحبه) اى ان اخذ المولى حصة الاخر من المعتق رجع المعتق بما يؤدى على الاخر لانه مؤدى عنه بامره فان اخذ الاخر لم يرجع على العتق بشئ لانه ادى عن نفسه لا يقال اخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهو باطل لان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقى بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت كما فى المنح (ولوكان على عبد مال لايجب عليه صحة مال) اى على العبد (الا بعد عتقه) وهو دين لم يظهر فى حق مولاه بل فى حقه يؤاخذ بعد عتقه كما لزمه باقرار اواستقراض اواستهلاك وديعة (فكفل به) اى بذلك المال (رجل كفالة مطلقة) عن قيد الحلول اوالتأجيل (لزم الكفيل حالا) لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة تأخرت عنه بعسرته اذا هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها فى حق المولى فصار كما لو كفل عن غائب او مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا بل مؤجلا (واذا ادى) الكفيل ماعلى العبد (لايرجع على العبد الا بعد عتقه) ان كان بامره لان الطالب كان يرجع عليه بعد العتق فكذا الكفيل لانه قائم مقامه (ولو ادعى رقبة عبد فكفل به رجل فمات العبد) المكفول برقبته قبل التسليم الى المدعى (فبرهن المدعى) اى اقام بينة (انه) اى العبد (له) اى ملكه (ضمن الكفيل قيمته) اى قيمة العبد لانه تكفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعى يدعى غصب العبد على ذى اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة فيجب على الكفيل رد العين فان هلكت تجب عليه قيمتها بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد وبنكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة فى حق الكفيل فلا يلزمه مالم يقر به الكفيل بنفسه (ولو كفل سيد عن عبده بامره) اوكفل (عبد غير مديون) قيد به تصحيحا للكفالة فان كفالة المديون عن مولاه لا تصح لانها تتضمن ابطال حق الغرماء (عن سيده) بامره (فعتق) العبد (فاى) من السيد اوالعبد (ادى) المال المكفول به (لايرجع على الاخر) لان الكفالة وقعت غير موجبة لان احدهما يستوجب دينا على الاخر وقال زفر ان كانت الكفالة بالامر يرجع كل منهما على صاحبه لان المانع وهو الرق قد زال قلنا وقعت غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له بعد ذلك

﴿ كتاب الحوالة ﴾

ذكرها بعد الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة بخلاف الكفالة فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم وهى فى اللغة النقل والتحويل وحروفها كيف ما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وقيل هى اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بماله على فلان ولذا قيل للمديون محيل ومحتال وللدائن محال ومحتال ولمن يقبل الحوالة محال عليه ومحتال عليه وللدين محال به ومحتال به لكن ترك عند الاستعمال محتال فى محيل فرارا عن التباسه المفعول من بابه وقد فرق البعض باضافة له الى المفعول وقال محتال له قيل هو لغو لعدم الحاجة الى الصلة وفى اصطلاح الفقهاء (هى) اى

الحوالة (نقل الدين من ذمة الى ذمة) اى من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه واختلف المشايخ في انها هل توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعا او عن المطالبة دون الدين والصحيح من المذهب انها توجب البراءة من الدين كما في المنح (وتصح) الحوالة (في الدين لا في العين) اما الصحة فبالاجماع وبما روى البخاري ومسلم عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملئ فليتبع اى اذا احيل احدكم على ملئ فليحتل والامر بالاتباع دليل الجواز واما اختصاصها بالدين فلان الحوالة نقل حكمي والدين وصف حكمي يثبت في الذمة فجاز الدين ان يقبل ذلك النقل اما العين كالثوب فحسي فلا يقبل النقل الحكمي بل يحتاج الى النقل الحسي فلا بد من ان يكون للمحتال دين على المحيل ولهذا قال في القنية احال عليه مائة من من الحنطة ولم يكن للمحيل على المحتال عليه شيء ولا للمحتال على المحيل فقبل المحتال عليه ذلك لا شيء عليه (برضى) متعلق بتصح (المحتال) لان الدين حقه والذمم متفاوتة ولابد من رضاه لاختلاف الناس في الايفاء وهذا بالاجماع (والمحتال عليه) لان الدين يلزمه فلابد من التزامه والاصح من مذهب الشافعي ان لا حاجة الى رضاه اذا كان المحتال به دين المحيل وهو قول مالك واحمد لان الحق للمحيل فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره وقيد برضاهما لانها لا تصح مع اكراه احدهما واراد من الرضى القبول في مجلس الايجاب لكن في البزازية لو احال على غائب فقبل بعد ما علم صحت ولا تصح في غيبة المحتال الا ان يقبل رجل له الحوالة (وقيل لابد من رضى المحيل ايضا) كما لابد من رضى المحتال والمحتال عليه وفي البحر رضى المحيل ليس بشرط على ما ذكره محمد في الزيادات وشرطه القدوري وانما شرطه للرجوع عليه فلا اختلاف في الروايات وفي العناية وذكره في الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري ان يكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانها حينئذ تكون اسقاطا لمطالبة المحيل على المحال عليه فلا تصح الا برضاه والظاهر ان الحوالة قد تكون ابتداؤها من المحيل وقد تكون من المحال عليه والاول احالة وهي فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضى وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلثة بناء على ايفاء الحق فله ايفاؤه من حيث شاء من غير قسر عليه بتعيين بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي انتهى (واذا تمت) الحوالة (برئ المحيل من الدين بالقبول) اى بقبول المحتال الحوالة على المحتال عليه وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق بحق ولنا ان الاحكام الشرعية تبنى على وفق المعاني فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل بخلاف الكفالة قوله من الدين رد على من يقول انه يبرأ عن المطالبة لا الدين وقد تقدم بيانه آنفا ومراده انه يبرأ موقتة ومقتضى ما ذكر من براءة المحيل ان المشتري لو احال البائع بالثمن على رجل لم يملك حبس المبيع وكذا لو احال المرتهن الراهن لا يحبس الرهن ولو احال الزوج المرأة بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس في الثلاثة وبه صرح في البحر قال ولكن المنقول في الزيادات عكسه وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة (فلا يأخذ المحتال من تركته) اى من تركة المحيل الدين اذا مات المحيل (لكن يأخذ كفيلا من الورثة او الغرماء مخافة التوى) اى الهلاك (ولا يرجع عليه) المحتال (الا اذا توى حقه) فحينئذ يرجع عليه كما روى انه عليه الصلاة والسلام قال اذا مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين ولان براءته مقيدة بسلامة حقه له فيرجع عليه عند عدم

السلامة وقال الشافعي لا يرجع عليه عند التوى باى طريق كان لان الساقط لا يعود وفي البحر ومراده اذا كانت الحوالة باقية اما اذا فسخت الحوالة فان للمحتال الرجوع بدينه على المحيل وكذا قال في البدايع ان حكمها ينتهي بفسخها و بالتوى وقوله بالتوى مقيد بان لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانيا لما في الذخيرة رجل احال رجلا له عليه دين على رجل ثم ان المحتال عليه احاله على الذي عليه الاصيل برئ المحتال عليه الاول فان توى المال على الذي عليه الاصل لا يعود على المحتال عليه الاول (وهو بموت المحتال عليه مفلسا) بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا (او انكاره) اى انكار المحال عليه (الحوالة وحلفه) اى المحال عليه (ولا بينة) للمحتال والمحيل (عليها) اى على الحوالة وهذا عند الامام لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة (وعندهما بتفليس القاضي اياه) اى المحال عليه (ايضا) لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما كعجزه عن الاستيفاء بموته مفلسا وبالجحود قيدنا بان لم يترك كفيلا لان وجود الكفيل يمنع موته مفلسا على ما في الزيادات و في الخلاصة لا يمنع وان المحتال او ابرأ الكفيل بعد موت المحال عليه مفلسا فله ان يرجع بدينه على المحيل وفي البزازية اخذ المحتال من المحتال عليه بالمال كفيلا ثم مات المحال عليه مفلسا لا يعود الدين الى ذمة المحيل سواء كفل بامره او بغير امره والكفالة حالة او مؤجلة او كفل حالا ثم اجله المكفول له وان لم يكن به كفيل تبرع رجل اورهن به رهنا ثم مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلسا بطلت الحوالة و الثمن لصاحب الرهن ولو اختلفا في كونه مفلسا فالقول للمحتال مع يمينه (على العلم) (تصح الحوالة (بالدراهم المودعة) يعني اذا اودع رجل رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر صح لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز (ويبرأ المحال عليه) عن الحوالة (بهلاكها) كالزكوة المقيدة بالنصاب لان المحتال عليه التزم الاداء من هذه الدراهم وهي قد هلكت امانة وايضا يبرأ المودع عن الحوالة اذا استحقت الدراهم المودعة فيعود الدين على ذمة المحيل (وبالمغصوبة) اى تصح الحوالة بالدراهم التي غصبها المحال عليه من المحيل (ولا يبرأ بهلاكها) اى لا يبرأ الغاصب بهلاك المغصوبة لانه لا تبطل الحوالة لانه فات الى خلف وهو الضمان والخلف يقوم مقام الاصيل وكان المغصوب قائما معنى فلا تبطل واما اذا استحق المغصوب بطلت الحوالة لان المغصوب وصل الى مالكه فهو يوجب براءة الغاصب عن الضمان (واذا قيدت الحوالة بالدين او الوديعة او الغصب لا يطالب المحيل المحتال عليه) اى لا يطلب المحيل من المحتال عليه ما عنده او عليه من الدراهم المودعة او المغصوبة او الدين لان هذه الحوالة المقيدة تتضمن توكيل المحتال بقبض ما على المحتال عليه او ما عنده و يتضمن تسليم المحتال عليه ما عنده او عليه بامر المحيل فلا يطلب المحيل ذلك من المحتال لتعلق حق المحتال كالراهن لا يملك مطالبته لتعلق حق المرتهن حتى يضمن المحتال عليه للمحتال ان دفع الى المحيل (مع ان المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته) اى بعد موت المحيل يعني ان هذه الاموال اذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغي ان لا يكون المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته كما في الرهن مع انه اسوة لهم لان العين الذي بيد المحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل فيكون بين الغرماء واما المرتهن فيملك المرهون يدا وحبسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه وقال زفر المحتال احق به من الغرماء لان الدين صار له بالحوالة كالمرتهن بالرهن بعد موت الراهن (وان لم يقيد) الحوالة (بشيء) من المذكورات (فله) اى للمحيل (المطالبة) من المحتال عليه بالعين او الدين ويقدر المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل اذ لا تعلق لحق المحتال بما عنده او عليه بل حقه في ذمة المحتال عليه وفي ذمته سعة فغاية ما يجب على المحتال عليه اداء دين

المحتال من مال نفسه (ولا تبطل الحوالة) سواء كانت مقيدة اومطلقة (باخذه) اى المحيل (على المحال عليه) من الدين (اوعنده) من الوديعة او الغصب اما فى المطلقة فانها لم تتعلق بهذه الاشياء لعدم الاضافة اليها و اما فى المقيدة فلان المحتال عليه قد دفع ما تعلق به حق المحتال الى من ليس له حق الاخذ فيضمنه للمحتال ويرجع الى المحيل بما دفع اليه فلا تبطل الحوالة (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل ما احال به فقال احلت بدين لى عليك لايقبل بلاحجة) اى لايسمع قول المحيل للمحتال عليه احلت بدين لى عليك حين طلب المحتال عليه من المحيل مثل ما احاله الا ببينة اذ المحتال عليه انكر الدين لان اقراره بالحوالة وقبوله لايكون اقرارا ولادليلا على ان عليه له دينا اذ الحوالة تجوز بدون الدين على المحتال عليه بل يسمع طلب المحتال عليه لوجود سببه هو اداء الدين بامره (ولو طالب المحيل المحتال بما احال فقال احلتنى بدين لى عليك لايقبل بلاحجة) اى لايسمع قول المحتال للمحيل احلتنى بدين لى عليك حين طلب المحيل من المحتال ما قبضه الا ببينة لان المحيل انكر الدين اذ اقراره بالحوالة واقدامه عليها لايكون اقرارا بالدين لان الحوالة تستعمل فى الوكالة بمعنى نقل التصرف بل يسمع طلب المحيل كطلب الموكل من الوكيل ما قبضه وفى التنوير ادى المال فى الحوالة الفاسدة فهو بالخيار ان شاء رجع على القابض وهو المحتال وان شاء رجع على المحيل ولايصح تأجيل عقدها (وتكره السفتجة) بضم السين والتاء عند سيبويه وبفتح التاء عند الاخفش تعريب سفته ومعناها المحكم (وهى اقراض) اى ان يقرض الى تاجر مثلا قرضا ليدفعه الى صديقه فى بلد آخر (لسقوط خطر الطريق) وانما كرهت لورود النهى عن قرض جر نفعا وانما ذكرت المسئلة فى هذا الباب لان هذا الاقراض فى معنى حوالة الصديق على المستقرض اولانه حوالة خطر الطريق اليه اولان المقرض يحيله بالاداء الى الصديق

﴿ كتاب القضاء ﴾

لما كان اكثر المنازعات يقع فى البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضى اضاف الكتاب الى القضاء دون الادب نظرا الى ان بيان القضاء مقصود و بيان الادب متبوع والقضاء فى اللغة له معان يكون بمعنى الاتقان والاحكام ففى المصباح انه مصدر قضيت بين الخصمين وعليهما حكمت والجمع الاقضية وقضى اى حكم ومنه قوله تعالى وقضى ربك الا تعبدوا الا اياه و بمعنى انواع و بمعنى الاداء والانتهاء ومنه قوله تعالى وقضينا الى بنى اسرائيل فى الكتاب وقضينا اليه ذلك الامر اى انهيناه اليه وابلغناه ذلك وبمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله تعالى فقضاهن سبع سموات فى يومين ومنه القضاء والقدر ويقال استقضى فلان اى صيره قاضيا وفى الشرع هو قطع الخصومة اوقول ملزم صدر عن ولاية عامة وفيه معانى اللغة جميعا فكانه الزمه بالحكم واخبره به وفرغ عن الحكم بينهما وقدر ما عليه وماله واقام قضاه مقام صلحهما وتراضيهما لان كل واحد منهما قاطع للخصومة و هو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع ومحاسنه لاتخفى على احد ولولا ذلك لفسد العباد وخرب البلاد وانتشر الظلم والفساد والحاكم نائب الله تعالى فى ارضه فى انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق والامر بالمعروف والنهى عن المنكر وبه امر كل نبى قال الله تعالى انا انزلنا التورية فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولاتتبع اهوائهم ولاجله بعث الرسل والانبياء وكان عليه الخلفاء والعلماء ولهذا قال (القضاء بالحق من اقوى الفرائض وافضل العبادات) بعد الايمان بالله تعالى ثم هو على خمسة اوجه واجب وهو ان يتعين له ولايوجد من يصلح له غيره لانه اذا لم يفعل ادى الى تضييع الحكم فيكون قبوله امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر وانصاف المظلوم من الظالم ومستحب وهو ان يوجد من يصلح له غيره لكن هو اصلح واقوم به ومخير فيه وهو ان يستوى هو وغيره فى الصلاحية والقيام به ومكروه وهو ان يكون صالحا للقضاء لكن غيره اصلح واقوم به وحرام و هو ان يعلم من نفسه العجز عنه وعدم الانصاف فيه فى باطنه من اتباع

الهوى بما لا يعرفه ثم اعلم ان رزقه وكفايته وكفاية اهله واعوانه ومن يمونهم يكون من بيت المال لانه محبوس لحق العامة فلولا الكفاية ربما يطمع فى اموال الناس وان عمر رضى الله تعالى عنه اعطى شريحا كل شهر مائة درهم واعطاه على رضى الله تعالى عنه كل شهر خمسمائة درهم (واهله) اى القضاء (من هو اهل للشهادة) لان كلا منهما من باب الولاية لانه تنفيذ القول على الغير ولان كلا منهما الزام اذ الشهادة ملزمة على القاضى والقضاء ملزم على الخصم (وشرط اهليته) اى القضاء (شرط اهليتها) اى الشهادة من العقل والبلوغ والاسلام والحرية وغيرها مما سنذكر فى كتاب الشهادة ان شاء الله تعالى (والفاسق اهل له) اى للقضاء (ويصح تقليده) اى تقليد الفاسق اى المسلم الذى اقدم على كبيرة او اصر على صغيرة وفيه اشعار بان قضاء المستور صحيح بلا قبح كما فى القهستانى وبان العدالة شرط الاولوية وهذا ظاهر الرواية وفى النوادر عن اصحابنا انه لا يجوز قضاؤه كما فى الاختيار وهو قول الائمة الثلاثة (ويجب ان لا يقلد) الفاسق القضاء اذ لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه حتى لو قلد كان المقلد آثما (كما يصح قبول شهادته) اى شهادة الفاسق حتى لو قبل القاضى وحكم بها كان آثما لكنه ينفذ وفى الدرر هذا اذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ (ويجب ان لا تقبل شهادته) وفى الشمنى اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما متعذر فى عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا قال قاضيخان ويصح تعليق تقليد القضاء والامارة بالشرط وكذا الاضافة الى وقت فى المستقبل وتعليق عزل القاضى بالشرط صحيح كتعليق الوكالة ولو كان فى المصر قاضيان كل على محلة على حدة فالعبرة للمدعى عند ابى يوسف وللمدعى عليه عند محمد وهو الصحيح (ولو فسق) القاضى (العدل) باخذ الرشوة وغيرها من الزنا وشرب الخمر (يستحق العزل) اى يجب على السلطان عزله كما فى البزازية وفى المعراج يحسن عزله لوجود سبب الاستحقاق (ولا ينعزل فى ظاهر المذهب وعليه مشايخنا) وهو الصحيح وعليه الفتوى كما فى الواقعات وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق وهو قول الائمة الثلاثة وفى الاصلاح وعليه الفتوى لكن فى البحر وهو غريب ولم اره والمذهب خلافه وتمامه فيه فليطالع وفى البزازية لو شرط فى التقليد انه متى فسق ينعزل انعزل وفى نوادر ابن هشام قال محمد لو فسق القاضى ثم تاب فهو على قضائه كما اذا عمى ثم ابصر وكذا اذا ارتد العياذ بالله تعالى ثم اسلم قيد بالقضاء لان الفسق لا يمنع الامامة بلا خلاف ولا ينعزل بالفسق وفى البحر الوالى اذا فسق فهو بمنزلة القاضى يستحق العزل ولا ينعزل ولو حكم الوالى بنفسه لم يصح لانه لم يفوض اليه (ولو اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) اى بمال دفعه لتوليته لم تصح توليته وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى اذا الامام لو قلد برشوة اخذها هو او قومه وهو عالم به لم يجز تقليده كقضائه برشوة كما فى البحر وغيره ولم ار حكم ما لو اخذ قومه وهو غير عالم به هل يجوز تقليده ام لا وينبغى ان يجوز تقليده لان مفهوم قوله وهو عالم به يقتضى جوازه اذا لم يعلم كما لو ارتشى وكيل القاضى او نائبه او كاتبه او بعض اعوانه فان بامره ورضاه فهو كما لو ارتشى بنفسه وان بغير علمه ينفذ قضاؤه وعلى المرتشى رد ما قبض تنبيه قيده بالتولية لانه لو اخذ القاضى الرشوة وقضى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى بالاجماع وحكى فى الفصول فيه اختلافا فقيل لا ينفذ فيما ارتشى وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة وقيل لا ينفذ فيهما وقيل ينفذ فيهما وفى البحر قضى ثم ارتشى او ارتشى ثم قضى او ارتشى ولده لا لانه لما اخذ المال او ابنه يكون عاملا لنفسه او ابنه وان كتب اليه ليسمع الخصومة واخذ اجرة مثل الكتابة ينفذ لانه ليس برشوة لما فى فتاوى النسفى يحل للقاضى اخذ الاجرة على كتبه السجلات والمحاضر وعندهما لكل الف درهم خمسة دراهم وان كان اقل

من الالف لكن لحقه من المشقة مثل ذلك ففيه خمسة ايضا وفى الخزانة وماقيل فى الف من الثمن خمسة لانقول به ولايليق ذلك بفقهاء اصحابنا واى مشقة للكاتب فى اخذ الثمن وانما اجرة مثله بقدر مشقته وبقدر عمله فى صنعته ايضا كما يستأجر الحكاك والنقاب باجر كثير فى مشقة قليلة واجرة كتبة القبالة على رب الدين واعلم ان مادفع اماللتودد وهوحلال من الجانبين واماالصيرورته قاضيا وهوحرام منهما واماالخوف على نفسه اوماله وهوحرام على الآخذحلال للدافع وكذااذاطمع فى ماله فرشاه ببعض المال واماليسوى امره عندالوالى فان كان ذلك الامر حراما فحرام على الجانبين وان حلالا فحرام على الآخذ ان اشترط وحلال للدافع الا ان يستأجره مدة معلومة بما يدفع اليه فانه حلال وان لم يشترط وطلب منه ان يسوى امره واعطاه بعد مايسوى اختلفوا فيه قال بعضهم لايحل له الاخذ وقال بعضهم يحل هو الصحيح لانه برامجازاة الاحسان فيحل كما فى البحر والرشوة لاتملك ولذا يلزم الاسترداد (والفاسق يصلح ان يكون مفتيا) لانه يجتهد حذراعن النسبة الى الخطأ (وقيل لا) يصلح لانه من امور الدين وخبره غيرمقبول فى الديانات ورجحه صاحب البحر فقال وظاهر مافى التحرير انه لايحل استفتاؤه اتفاقا فانه قال الاتفاق على حل استفتاء من عرف من اهل العلم بالاجتهاد والعدالة اورآه منتصبا والناس يستفتونه معظمين وعلى امتناعه ان ظن عدم احدهما فان جهل اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف المجهول من غيره اذ الاتفاق على المنع وتمامه فيه فليطالع ويكتفى بالاشارة من المفتى لامن القاضى اذلابد للقضاء من صيغة مخصوصة كحكمت والزمت اوصح عندى اوثبت اوظهر عندى اوعلمت على الصحيح (ولاينبغى ان يكون القاضى فظا) من الفظاظة وهى خشونة القول (غليظا) اى شديدا فى الكلام متفاحشا (جبارا) اى متكبرا مقبلا بغضب (عنيدا) اى مخالفا للحق لان القضاء دفع الفساد وهذه الاشياء بعينها فساد (وينبغى ان يكون) القاضى (موثوقا به) اى معتمدا عليه (فى دينه) بالاحتراز عن الحرام (وعفافه) لانه ملاك الدين (وعقله) لانه مدار التكليف (وصلاحه) لان فى ضده الفساد (وفهمه) ليفهم الفساد والخصوم (وعلمه بالسنة) والمراد بالسنة ماثبت عن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم قولا وفعلا وتقريرا عند امر يعاينه (والآثار) وهى مايروى عن الاصحاب رضى الله تعالى عنهم (ووجوه الفقه) اى طرقه وقال مسكين ان الفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص فى الدين لالكل علم وهوعلم بالمعانى التى تعلقت بها الاحكام من كتاب وسنة واجماع ومقتضياتها واشاراتها وينبغى ان يكون شديدا من غيرعنف لينامن غير ضعف لان القضاء من اهم امور المسلمين فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على مايصيبه من الناس كان اولى وينبغى للسلطان ان يتفحص فى ذلك ويولى من هواولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفى رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين وفى الاشباه فقد ظلم مرتين باعطاء غير المستحق ومنع المستحق لكن فى زماننا توجيه القضاء الى المستحق غيرممكن لقلته اوللمانع بمنع حتى ابتليت بان اولى القضاء من قبل من له الامر فلم اقدر ان اولى الاحق والاولى نجانا الله عنى وعن سائر المؤمنين بحرمة سيد المرسلين صلوات الله على نبينا وعليهم اجمعين (وكذا المفتى) ينبغى ان يكون موصوفا بالصفات المذكورة (والاجتهاد شرط الاولوية) فى القاضى والمفتى لا الجواز هو الصحيح تيسيرا وتسهيلا خلافا للائمة الثلاثه وفى الفتح واعلم ان ما ذكر فى القاضى ذكر فى المفتى ولايفتى الا المجتهد وقد استقر رأى الاصوليين على ان المفتى هو المجتهد واختلفوا فى المجتهد فقيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمها علم يتعلق بها الاحكام منها من العام والخاص والمشترك والمأول والنص والناسخ والمنسوخ ومعرفة الاجماع والقياس ولايشترط حفظه لجميع القرآن ولالبعضه عن ظهر القلب بل ان يعرف مظان احكامها فى ابوابها فيراجعها وقت الحاجة ولايشترط التبحر فى هذه العلوم ولابد له من معرفة لسان العرب لغة واعرابا والاعتقاد

فيكفيه اعتقاد جازم ولا يشترط معرفتها على طريق المتكلمين وادلتهم لانها صناعتهم ويدخل في السنة اقوال الصحابة فلابد من معرفتها لانه قد يقيس مع وجود قول الصحابي ولابد له من معرفة عرف الناس وهو معنى قولهم لابد ان يكون صاحب قريحة فما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عنه ان يذكر قول المجتهد كابي حنيفة على جهة الحكاية فعرف ان مايكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي وطريق نقله لذلك عن المجتهد احد الامرين اما ان يكون له سند فيه او يأخذه من كتاب معروف تداولته الايدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر او المشهور وتمامه في البحر فليطالع وفي الخانية ان اختلاف ائمة الهدى توسعة على الناس فاذا كان الامام في جانب وهما في جانب خير المفتي وان كان احدهما مع الامام اخذ بقولهما الا اذا اصطلح المشايخ على قول الاخر فيتبعهم كما اختار الفقيه ابو الليث قول زفر في مسائل وصحح في السراج ان المفتي يفتي بقول الامام على الاطلاق ثم بقول ابي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يخير اذا لم يكن مجتهدا واذا اختلف مفتيان يتبع قول الافقه وفي المنح وان خالف اباحنيفة صاحباه فان كان اختلافهم اختلاف عصر وزمان كالقضاء بظاهر العدالة يأخذ بقول صاحبيه لتغير احوال الناس وفي المزارعة والمعاملة ونحوهما يختار قولهما ويجوز للشاب الفتوى اذا كان حافظا للروايات واقفا على الدرايات محافظا على الطاعات مجانبا للشهوات والعالم كبير وان كان صغيرا والجاهل صغير وان كان كبيرا (فيصح تقليد الجاهل) عندنا لان المقصود من القضاء ايصال الحق الى مستحقه وذلك يحصل بالعمل بفتوى غيره (ويختار المقلد الاقدر الاولى) لانه خليفة رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم في القضاء وفي الاصلاح وعند الشافعي لا يصح تقليد الفاسق والجاهل وما قاله كان احوط في زماننا وفي زماننا الاحتياط فيما قلنا لان في اشتراط العلم والعدالة سد باب القضاء انتهى (وكره التقلد لمن خاف الحيف والعجز عن القيام به) اي كره قبول تقليد القضاء لخوف الجواز وعدم اقامة العدل لعجزه فعلى هذا لو قال لمن خاف الحيف او العجز لكان اولى لان احدهما يكفي كما في البحر (ولا بأس به) اي بالتقلد (لمن يثق من نفسه باداء فرضه) لان كبار الصحابة والتابعين رضوان الله تعالى عليهم اجمعين تقلدوه وكفى بهم قدوة وقيل لا يجوز الدخول مطلقا بلا اجبار لقوله عليه الصلاة والسلام من ابتلي بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين وقد روي ان الامام دعي للقضاء ثلاث مرات فابى حتى حبس وجلد في كل مرة ثلثون سوطا حتى قال له ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه شبه المغضب فقال او امرت ان اقطع البحر سباحة لكنت اقدر عليه فقال ابو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال الامام كاني بك قاضيا وذكر البزازي في مناقبه اقوالا حاصله ان الامام لم يقبل القضاء ومات على الاباء وانه رحمه الله تعالى احسن بموته وسجد فخرجت روحه ساجدا سنة خمسين ومائة روح الله روحه وزاد في اعلى غرف الجنان فتوحه ومن غريب ماوقع انه جيء بجنازته فازدحم الناس فلم يقدروا على دفنه الا بعد العصر واستمر الناس يصلون على قبره الشريف عشرون وحرر من صلى عليه خمسون الفا وفي الهداية والكافي والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل بحديث عدل ساعة خير من عبادة سنة والترك عزيمة لانه مأمور بالقضاء بالحق وربما يظن في الابتداء انه يقضي بالحق ثم لا يقدر عليه في الانتهاء ولانه لا يمكنه القضاء بالحق الا باعانة غيره ولعل غيره لا يعينه (ومن تعين له) اي للقضاء او تعيين القضاء له (فرض عليه) صيانة لحقوق العباد ودفعا لظلم الظالمين وفي البحر انه فرض عين ان تعين وفرض كفاية عند وجود غيره يعني ان كان في البلد قوم

سالحون له فامتنعوا فيه اثموا كلهم ان لم يقدر السلطان فصل القضايا (ولا يطلب القضاء ولا يسأله) اى من صلح للقضاء ينبغى ان لا يطلب بقلبه ولا يسأله بلسانه لما روى انه عليه الصلاة والسلام قال من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده اى يلهمه الرشد ويوفقه للصواب وكذا لا يسأل الامارة (ويجوز تقلده من السلطان الجائر) اى الظالم لان علماء السلف تقلدوا القضاء من الحجاج مع انه اظلم زمانه (ومن اهل البغى) وهم الذين خرجوا من طاعة الامام لان الصحابة تقلدوه من معاوية فى نوبة على رضى الله تعالى عنه وكان الحق بيد على وقد قال على رضى الله تعالى عنه اخواننا بغوا علينا قال ابو الليث المتغالب اذا ولى رجلا قضاء بلدة وقضى ذلك القاضى فى مختلف فيه ثم رفع الى قاض آخر فان وافق رأيه امضاه وان خالف ابطله وهى بمنزلة حكم المحكم وفى العمادية التقلد من اهل البغى يصح وبمجرد استيلاء الباغى لا ينعزل قضاء العدل ويصح عزل الباغى لهم حتى لو انهزم الباغى بعد ذلك لا ينفذ قضاياهم بعد ذلك ما لم يقلدهم سلطان العدل ثانيا لان الباغى صار سلطانا بالقهر والغلبة (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق) استثناء من قوله الجائر واهل البغى اى يجوز تقلده الا اذا لم يمكنه الجائر واهل البغى من القضاء بالحق فحينئذ لا يجوز لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه (واذا تقلد احد القضاء بعد عزل الآخر (يسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التى فيها السجلات والمحاضر وغيرها) من الصكوك وكتاب نصب الاولياء وتقدير النفقات لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء يكتب القاضى نسختين احديهما فى يد الخصم والاخرى فى ديوان القاضى اذ ربما يحتاج اليها لمعنى من المعانى وما فى يد الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فان كان الورق من بيت المال فلا اشكال فى وضعه فى يد القاضى الجديد وكذا من مال الخصوم او من مال القاضى فى الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تموّلا (ويبعث) القاضى الجديد (امينين) من ثقاته وهو احوط والواحد يكفى (يقبضانها) اى الخرائط (بحضرة المعزول او امينه ويسألانه) اى المعزول (شيئا فشيئا) للكشف لا للالزام على الغير (ويجعلان كل نوع فى خريطة على حدة) فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعان فى خريطة وما كان من نصب الاوصياء يجمعان فى خريطة وما كان من نسخ الاوقاف يجمعان فى خريطة وما كان من الصكوك يجمعان فى خريطة ليكون اسهل للتناول (وينظر) القاضى الجديد (فى حال المحبوسين) لانه نصب ناظرا للمسلمين والمراد المحبوس فى سجن القاضى فيبعث القاضى ثقة يحصيهم فى السجن ويكتب اسماءهم واخبارهم وسبب حبسهم ومن حبسهم (فمن اقر بحق اوقامت عليه به) اى بالحق (بينة الزمه) لان كلا منهما حجة ملزمة وليس المراد الزامه الحكم عليه وانما المراد الزامه الحبس اى ادام حبسه وتمامه فى البحر فليطالع (ولا يعمل بقول المعزول) فلو قال حبسته بحق عليه لا يقبل قوله وكذا لو قال كنت حكمت عليه لفلان بكذا وعلله فى الدرر بانه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد ليست بحجة خصوصا اذا كانت بفعل نفسه (والا ينادى عليه) اياما فان حضر احد وادعى وهو على انكاره ابتدأ الحكم بينهما والا تأنى فى ذلك اياما على حسب ما يرى القاضى (ثم يخلى سبيله) اى ان لم يحضر احد بعد النداء (لكن بعد ما استظهر فى امره) وفى الاختيار وان لم يحضر لا يخليه حتى يستظهر فى امره فيأخذ منه كفيلا بنفسه على الصحيح اتفاقا فان قال لا كفيل لى فينادى شهرا فان لم يحضر احد اطلقه (ويعمل) اى يعمل القاضى الجديد (فى الودائع وغلات الوقف) التى وضعها المعزول فى ايدى الامناء (بالبينة او باقرار ذى اليد) لان اقرار غيره غير مقبول قيد بغلات الوقف لانه لا يعمل باقرار ذى اليد فى اصل الوقف اذا جحده الوارث ولا بينة ولو قال المعزول ان هذا وقف فلان بن فلان سلمته الى هذا واقر ذو اليد وكذبه الوارث لم يقبل قول القاضى

وذي اليدان لم يقم عليه كما في البحر (لايقول المعزول الا اذا اقر ذو اليد بالتسليم منه) اى من المعزول
اذ باقراره ثبت ان اليد كان للمعزول سابقا فصح اقرار المعزول كانه في يده حالا لان من كان بيده
حقيقة يقبل اقراره فكذا اذا كان في يد مودعه لان يده كيد المودع الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره
ثم اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضي بالاقرار
وجعل صاحب العناية وغيره هذه المسئلة على خمسة اوجه فليراجع (ويجلس) القاضي (للحكم
جلوسا ظاهرا في مسجد) بهيئة يعلم الناس انه جلس لفصل الخصومات لا لعبادة اخرى لان النبي عليه
الصلاة والسلام جلس فيه للحكم وقال انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم فسوى بينهما فكان
القضاء عبادة فلا منع لحضور المشرك فيه لان نجاسته في اعتقاده لا في ظاهره والحائض تمنع عن
الدخول لكن تقطع خصومتها في باب المسجد (والجامع اولى) من المسجد لانه غير خفي على الغرباء
وغيرهم هذا اذا كان الجامع وسط البلد والافيختار الوسط منهما وقال الشافعي يكره الجلوس
للقضاء في المسجد لانه يحضره المشرك وهو نجس (ولو جلس في داره واذن) للناس (في الدخول)
فيها اذنا عاما ولا يمنع احدا الان لكل احد حقا في مجلسه (فلا بأس به) لان الحكم عبادة فلا يختص
بمكان لكن الاولى ان تكون الدار في وسط البلد ويجلس معه من كان معه في المجلس ولا يجلس
وحده لانه يورث التهمة وتبعد عنه الاعوان لانه اهيب ولا يحكم وهو ماش اوقائم اومشغول بشيء
آخر ويجوز ان يحكم وهو متكئ ولكن القضاء مستوى الجلوس افضل تعظيما لامر القضاء
ويستحب ان يقعد معه اهل العلم ان لم يكن عالما باحوال القضاء لكن لا يشاوره عند الخصوم بل
يخرجهم او يبعدهم ثم يشاوره وينبغي للقاضي ان يعتذر للمقضي عليه ويبين له وجه قضائه ليكون
ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو
بريء وينبغي للقاضي انه اذا اختصم اليه اخوان او بنو الاعمام ان لا يعجل بالقضاء عليه فيدافعهم
قليلا كي يصطلحوا لان القضاء ولو بحق ربما يكون سببا للعداوة وفي البزازية قضى القاضي بحق
ثم امره ان يستأنف القضية ثانيا بحضر من العلماء لا يفرض ذلك على القاضي (ولا يقبل) القاضي
(هدية) ولو قليلة لان قبولها يؤدي الى مراعاة المهدي فان كان المهدي يتأذى بالرد يقبلها
ويعطيه مثل قيمتها كما في الخلاصة (الا) ان له ان لا يردها (من قريبه) وهو ذو الرحم المحرم لان في ردها
عليهم قطيعة رحم وهي حرام (او من جرت عادته بمهاداته) قبل القضاء من الاجنبي لعدم التهمة
(ان لم يكن لهما) اى للقريب او من جرت عادته بمهاداته (خصومة ولم يزد على العادة) حتى لو
كان لهما خصومة اوزادت على العادة ردها كلها في الاول وما زاد عليها في الثاني وقيد فخر
الاسلام بان لا يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله لا بأس بقبوله وفي البحر وللقاضي
ان يقبلها من السلطان ومن حاكم بلده واقتصر في التاتارخانية على من ولاه وفي الخانية ويجوز
للامام والمفتي قبول الهدية واجابة الدعوة الخاصة (ويحضر الدعوة العامة) لعدم كونها للقضاء
الا اذا كان صاحب العامة احد الخصمين (لا الخاصة) لانها جعلت لاجله ولم يفصل في الخاصة
بين ان يكون من القريب اومن غيره او ما اذا جرت له عادة بها اولم يجر وفي الكافي وان كان بين
القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه بلا خلاف كذا ذكره الخصاف وذكر الطحاوي ان على
قولهما لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب (وهي) اى الدعوة الخاصة (ما لا
يتخذ ان لم يحضر) القاضي فان علم المضيف ان القاضي اذا لم يحضرها لا يتركها فعامة وقيل ان جاوز
العشرة فعامة والافخاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سواهما خاصة (ويشهد الجنازة
ويعود المريض) لان هذا من حق المسلم على المسلم ففي الحديث للمسلم على المسلم ست حقوق اذا
دعاه يجيبه واذا مرض يعوده واذا مات يحضره واذا لقيه يسلم عليه واذا استنصحه ينصحه واذا

عطس يشمته وهو لا يسقط بالقضاء لكن لا يمكث في ذلك المحل هذا اذا لم يكن المريض احد الخصمين وان كان احدهما ينبغي ان لا يعود له (ويتخذ مترجما وكاتبا عدلا) له معرفة بالفقه ويجلس ناحية عن القاضي حيث يراه حتى لا يخدع بالرشوة (ويسوى) القاضي (بين الخصمين جلوسا) اى من حيث الجلوس بين يديه غير متربعين ولا مقعيين ولا محتبيين ويكون بين القاضي وبينهما قدر ذراعين من غير ان يرفعا اصواتهما وتقف اعوان القاضي بين يديه ويمنعون الناس عن التقدم اطلق في التسوية بينهما فشمل السلطان والشريف والوضيع والاب والابن والصغير والكبير والذمي والعبد والحر وانما قلنا بين يديه لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي فتفوت التسوية وكذا لو اجلس احدهما عن يمينه والاخر عن يساره لان جانب اليمين افضل وفي البحر نقلا عن الفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما وحكى ان ابا يوسف وقت موته قال اللهم انك تعلم اني لا اميل الى احد الخصمين حتى القلب الا في خصومة النصراني مع الرشيد ولم اسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى (واقبالا ونظرا) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بينهم في الجلوس والنظر والاشارة ولا يرفع صوته على احد الخصمين دون الاخر ولان في عدم التسوية كسر القلب الاخر (ولا يسار احدهما ولا يشير اليه) اى لا يتكلم القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا برأسه ولا بعينه ولا بحاجبيه (ولا يضيفه) اى احد الخصمين (دون الاخر) وفيه اشارة الى انه لو اضافهما معا فلا بأس به (ولا يضحك اليه) اى الى احدهما (ولا يمازحه) اى مع احدهما ولا يتلطف به (ولا يلقنه حجته) لان هذه الاشياء كلها تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر القلب الاخر (ويكره تلقينه) اى تلقين القاضي (الشاهد بقوله اتشهد بكذا) لان الشاهد يستفيد من قول القاضي زيادة علم فيوجد اعانة وهي تهمة (واستحسنه) اى التلقين (ابو يوسف في غير موضع التهمة) لانه قد يقول اعلم مكان اشهد لمهابة المجلس وهو نوع رخصة عنده رجع اليه (بعد ما تولى القضاء والعزيمة فيما قالا) لانه لا يخلو عن نوع تهمة وفي الفتح وظاهر الجواب ترجيح ما عن ابي يوسف وفي القنية الفتوى على قول ابي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته واما افتاء القاضي فالصحيح انه لا بأس به في مجلس القضاء وغيره لكن لا يفتي احد الخصمين قيد بالشاهد لبيان انه لا يلقن المدعي بالاولى وفي الخانية فان امر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على قول ابي يوسف (ولا يبيع) القاضي (ولا يشتري في مجلسه) اى في مجلس القضاء واطلقه في البحر فقال ولا في غيره هو الصحيح لان الناس يتساهلون لاجل القضاء هذا اذا كان يكفي المؤنة من بيت المال او يعامل من يجانبه والا لا يكره ولو باع مال المديون او الميت لا يكره (ولا يمازح) لاذهابه هيبة القضاء (فان عرض له) اى للقاضي (هم او نعاس او غضب او جوع او عطش او حاجة حيوانية كف عن القضاء) قال عليه الصلوة والسلام لا يقضي القاضي وهو غضبان وفي رواية وهو شبعان ولانه يحتاج الى التفكر وهذه الاعراض تمنع صحة التفكر فلا يؤمن عن الوقوع في الخطاء ويكره له صوم التطوع يوم القضاء لانه لا يخلو عن الجوع ولا يتعب نفسه بطول الجلوس ويقعد طرفي النهار واذا طمع في ارضاء الخصوم ردهما مرة او مرتين وان لم يطمع انفذ القضاء بينهما فان تأخيره بعد ما ثبت ظلم وفي التبيين وغيره القضاء واجب على القاضي بعد ظهور عدالة الشهود حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر ويكفر ان لم يعتقد افتراض القضاء بعد توفر شرائطه (واذا تقدم اليه الخصمان فان شاء قال لهما) اى الخصمين (ما لكما وان شاء سكت) والسكوت احسن كيلا يكون تهييجا للخصومة وقد قعد لقطعها (واذا تكلم

احدهما اسكت الاخر) لانهما اذا تكلما جملة لايتمكن من الفهم

﴿ فصل ﴾

في الحبس لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افرادہ في فصل على حدة وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة (فاذا ثبت الحق للمدعى وطلب) المدعى (حبس خصمه فان ثبت بالاقرار لايحبسه) اى لم يعجل بحبسه اذا لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال (الا اذا امره بالاداء فابى) فحينئذ يحبسه لظهور المماطلة (وان ثبت) اى الحق الذى ادعاه ولو دانقا (بالبينة حبسه قبل الامر بالدفع) ان طلب الخصم حبسه لظهور المطل بالانكار وقال شريح يحبسه من غير طلبه (وقيل لا) يحبس قبل الامر بالدفع لانه اذا ثبت بالبينة ربما تملل به ويقول ماعلمت الا الساعة بخلاف الاقرار لكن الاول مختار صاحب الهداية وهو المذهب وصفة الحبس ان يكون لموضع ليس به فراش ولاطاق ولايمكن احد ان يدخل عليه للاستيناس الا اقاربه وجيرانه ولايمكثون عنده طويلا ولايخرج لجمعة وعيد ولالجماعة ولالحج فرض ولا لحضور جنازة ولو بكفيل كما في التبيين لكن في الخلاصة يخرج بالكفيل لجنازة الاصول والفروع وفي غيرهم لايخرج وعليه الفتوى ولايخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ لقرابة الولاد وفي رواية يخرج وان وجد من يجهزه ولايضرب المحبوس لاجل الدين الا اذا امتنع من الانفاق على قريبه فيضرب ولايغل الا اذا خيف انه يفر فيقيده ولايجرد ولايقام بين يدى صاحب الحق اهانة وتعيين مكان الحبس للقاضي الا اذا طلب المدعى مكانا آخر (فان ادعى الفقر حبسه في كل مالزمه ببدل مال) ولايلتفت الى قوله (كالثمن) اطلقه فشمل الاجرة الواجبة لانها ثمن المنافع وشمل ماعلى المشترى وماعلى البايع بعد فسخ البيع بينهما باقالة او خيار وشمل رأس مال السلم بعد الاقالة وما اذا قبض المشترى المبيع اولا كما في البحر (والقرض) لثبوت غنائه بحصول المال في الصورتين (او) لزمه (بالتزامه كالمهر المعجل) قيد بالمعجل لانه لايحبس في المؤجل ويصدق في الاعسار وعليه الفتوى وفي الاصل لايصدق في الصداق بلافصل بين مؤجله ومعجله كما في البزازية (والكفالة) اذ الاقدام على الالتزام دليل اليسار في الصورتين وتمكن المكفول له من حبس الكفيل والاصيل وكفيل الكفيل وان كثر وفي الخانية رجح الاقتصار على الاول فقال وقال بعضهم ان كان الدين واجبا بدلا عما هو مال كالقرض وثمن المبيع فالقول قول مدعى اليسار روى ذلك عن الامام وعليه الفتوى وهو خلاف ما اختاره المصنف تبعا للهداية وذكر في انفع الوسائل انه المذهب يفتى به فقد اختلف الافتاء فيما التزمه بعقده ولم يكن بدل مال والعمل على ما في المتون لانه اذا تعارض ما في المتون والفتاوى فالمعتمد ما في المتون وكذا يقدم ما في الشروح على ما في الفتاوى وقيل القول للمديون في الكل وقيل للداين في الكل وقيل يحكم بالزى الا في الفقهاء والعلوية كما في البحر (لا فيما عدا ذلك) اى لايحبس المديون فيما سوى تلك المذكورات كبدل الغصب وضمان المتلفات وارش الجنايات والصرفة والنفقة واعتاق الاماء المشتركات وبدل الكتابات ان ادعى المديون الفقر لان الاصل في الادمى العسرة والمدعى يدعى امرا عارضا وهو الغناء فلم يقبل منه (الا اذا برهن خصمه ان له مالا و) حينئذ (يحبسه) اى القاضي المديون حينئذ (مدة يغلب على ظنه انه لو كان له) اى المديون (مال لاظهره وهو الصحيح) وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلامعنى لتقديره وماجاء من التقدير بشهرين اوثلاثة او اربعة اوخمسة اوستة اوشهر اتفاقي وليس بتقدير حتما (وقيل) يحبسه (شهرين اوثلاثة) والصحيح الاول لما بيناه ولو قال المديون حلفه انه مايعلم انى معسر يحلفه القاضي الى ذلك ويحلفه انه مايعلم اعساره فان حلف حبسه بطلبه وان نكل لايحبسه والمراد من الغناء قدرته الآن على قضاء الدين فلو كان للمحبوس مال في بلد آخر يطلقه بكفيل وان علم القاضي عسرته لكن له مال على آخر بقاضي غريمه فان حبس غريمه الموسر لايحبسه

كما في البزازية وفي البحر وظاهر كلامهم ان القاضي لايحبس المديون اذا علم ان له مالا غائبا او محبوسا موسرا وانه يطلقه اذا علم باحدهما ثم يسأل القاضي عن المحبوس بعد حبسه بقدر ما يراه من جيرانه فان قامت بينة على اعساره اطلقه ولايحتاج الى لفظ الشهادة وشرطه في الصغرى والعدل الواحد يكفي والاثنان احوط وكيفيته ان يقول المخبران حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية ولايشترط لسماعها حضور رب الدين فان كان غائبا سمعها و اطلقه بكفيل كما في البزازية (وان لم يظهر له) اى للمحبوس (مال) بعد سؤاله عنه (خلى سبيله) اى خلى القاضي المحبوس لان عسرته ثبتت عنده فاستحق النظرة الى الميسرة للآية فحبسه بعده يكون ظلما (الا ان يبرهن الخصم على يساره) بشهادة عدلين انه موسر قادر على قضاء الدين ولايشترط تعيين المال (فيؤبد حبسه) لظهور انه يصر على ظلمه من منع حق اخيه فيجازى بتأبيد حبسه (ولاتسمع البينة على اعساره قبل حبسه وعليه عامة المشايخ) هو الصحيح لان البينة للاثبات لا للنفي الا اذا اقام المدعى عليه بعد زمان على العسرة فتقبل لان العسار بعد اليسار امر عارض ايضا فيخليه القاضي بلا كفيل الا في مال اليتيم ومال الوقف ومال الغائب فلا يطلقه الا بكفيل كما في المنح وفي البزازية اطلق القاضي المحبوس لافلاسه ثم ادعى آخر مالا وادعى انه موسر لايحبسه حتى يعلم غناه (ويحبس الرجل لنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق فلايحبس في النفقة الماضية لانها تسقط بمضي الزمان ولئن لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فلانها ليست ببدل عن مال ولاالتزمه بعقد (لاوالد في دين ولده) اى لايحبس اصل في دين فرعه لانه لا يستحق العقوبة بسبب ولده سواء كان موسرا او معسرا لكن ينبغي ان نقيده بشئ وهو انه اذا كان موسرا وامتنع من قضاء دين ولده وقلنا لايحبس فالقاضي يقضي دينه من ماله ان كان من جنسه والاباعه للقضاء كبيع مال المحبوس الممتنع عن قضاء دينه والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله ولو قال المديون ابيع عرضي واقضي ديني اجله القاضي ثلاثة ايام ولو له عقار حبسه ويبيعه ويقضي الدين ولو بثمن قليل قيد بدين الولد لان الولد يحبس بدين اصله ويحبس القريب بدين قريبه كما في البحر (الا ان ابى الوالد من الانفاق عليه) اى على الولد فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه وكذا المولى لايحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين ولايحبس العبد لدين المولى والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لايحبس ولايحبس المكاتب بدين الكتابة ويحبس بدين آخر عليه (ولو مرض) المحبوس (في الحبس لايخرج) من الحبس (ان كان له من يخدمه فيه) اى في الحبس لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد ضجره (والا) اى وان لم يكن له من يخدمه فيه (اخرج) من الحبس بكفيل لئلا يهلك كالو مرض مرضا اضناه وهو مروي عن محمد وعليه الفتوى وعن ابي يوسف لايخرجه والهلاك في السجن وغيره سواء (ولايمكن المحترف من اشتغاله بالحرفة فيه) اى في الحبس (هو الصحيح) وقيل لايمنع لان نفقته ونفقة عياله عسى يكون من ذلك وفي القهستاني ولايؤاجره في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف لو كان له عمل آجره وادى دينه بما سوى قوته وقوت عياله (ويمكن من وطئ جاريته ان كان فيه) اى في السجن (خلوة) قال الزيلعي وغيره ان احتاج الى الجماع لايمنع من دخول امرأته او جاريته عليه ان كان في السجن موضع سترة لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطئ من فضول الحوائج انتهى فعلى هذا ان المناسب للمصنف ان لا يقتصر على الجارية لانه لايمنع من وصول امرأته كذلك تدبر (واذا تمت المدة) للحبس على الاختلاف (ولم يظهر له مال خلى سبيله) هذا تكرار لكن ذكره توطئة لقوله (ولايحول بينه وبين غرمائه) بعد خروجه من الحبس عند الامام (بل يلازمونه) لانهم منتظرون الى زمان

قدرته على الايفاء وذلك ممكن فى كل ساعة فيلا زمونه كيلا يختفيد ولانه قد يكتسب فوق حاجته الدارة فيأخذونه منه فضل كسبه (ولايمنعونه من التصرف والسفر) تفسير للملازمة يعنى انهم يدورون معه اينما دار ولايمنعونه من التصرف والسفر كما فى العناية (ويأخذون فضل كسبه) بلااختياره اواخذه القاضى (ويقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم فى القوة لكن المديون لو آثرا حد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك (والملازمة ان يدوروا معه حيث دار فان دخل داره لا) يدخلون معه (وجلسوا على الباب) الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة (ولو كان الدين لرجل على امرأة) والمسئلة بحالها (لايلازمها) لمافيه من الخلوة بالاجنبية (بل يبعث امرأة) امينة (تلازمها وقالا اذا فلسه الحاكم) اى اذا حكم بافلاسه (يحول بينه وبين غرمائه) اى يأمرهم ان يتركوا ملازمته (الا ان يبرهنوا ان له مالا) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة وعند الامام لا يتحقق القضاء بالافلاس وفى قوله الا ان يبرهنوا الى آخره اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة العسار لانها اكثر اثباتا

﴿ فصل فى كتاب القاضى ﴾

وانما اخره عن الحبس لانه لما كان لايتحقق فى الوجود الابقاضيين كان مركبا بالنسبة الى ماقبله والبسيط قبل المركب وترك قوله الى القاضى كما فى اكثر الكتب لان هذا الفصل غير مختص به بل بين فيه السجل والمحضر والصك والوثيقة (اذا شهدوا عند القاضى على خصم حاضر حكم) اى القاضى (بها) اى بشهادتهم او بوجود الحجة وشرط الحكم وهو حضور الخصم والمراد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه اومسخرا وهو من رضيه القاضى وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لواراد بالخصم المدعى عليه لم تبق حاجة الى الكتاب الى القاضى الاخر لان الخصم حاضر عند القاضى وقد حكم عليه كما فى البحر وغيره لكن لايخفى مافيه من التكلف والاحسن ان يقال ان هذا توطئة لقوله وان شهدوا على غائب لا يحكم وليس بمقصود بالذات كما فى الدرر (وكتب) القاضى (بالحكم) لئلا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا فلايحتاج الى كتابة الحكم لانه قدتم بحضور الخصم بنفسه اومن يقوم مقامه (وهو) اى كتاب الحكم (السجل) الحكمى لانه سجله اى احكمه بالحكم وفى المصباح السجل كتاب القاضى وسجل القاضى بالتشديد قضى وحكم واثبت حكمه فى السجل وفى البحر والسجل الحجة التى فيها حكم القاضى ولكن هذا فى عرفهم وفى عرفنا السجل كتاب كبير يضبط فيه وقايع الناس ومايحكم القاضى ومايكتب عليه (وان شهدوا على) الخصم (الغائب) كان فى محلة اخرى او قرية او بلدة ويشترط فى ظاهر الرواية مسيرة السفر وعن ابى يوسف يجوز فيما لايرجع فى يومه وفى السراجية وعليه الفتوى لايحكم لعدم جواز القضاء على الغائب عندنا ولوحكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمى حيث لاينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه والثانى ابتداء حكم فلايجوزله كما فى التبيين وهو يدل على ان الحاكم على الغائب اذا كان حنفيا فان حكمه لاينفذ لقوله يرى ذلك وهو مقيد لان معنى قولهم القضاء على الغائب ينفذ فى اظهر الروايتين اذا كان القاضى شافعيا كما سيأتى (بل يكتب القاضى بها) اى بالشهادة الى قاض يكون الخصم فى ولايته (ليحكم) القاضى (المكتوب اليه) على وجه الخصم كيلا يكون قضاء على الغائب (وهو كتاب القاضى الى القاضى) وجه التسمية به ظاهر (والكتاب الحكمى) منسوب الى الحكم باعتبار ما يؤل اليه (وهو نقل الشهادة) فى الحقيقة لان الكاتب لم يحكم بها وانما نقلها للمكتوب اليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان كان مخالفا لرأى الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه اذا كان فى فصل مجتهد فيه اومتفق عليه كما فى البحر وفى المبسوط وغيره والقياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضى

الى القاضى لان القاضى الكاتب لو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما فى الكتاب لم يعمل به القاضى فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم الا انه جوز استحسانا لحاجة الناس اليه لما روى ان عليا رضى الله تعالى عنه جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء (ويقبل فى كل ما لا يسقط بالشبهة) احترازا عن الحد والقود لان فيه شبهة البدلية عن الشهادة فيصير كالشهادة على الشهادة لان مبناهما على الاسقاط وفى قبوله سعى فى اثباتهما قيل فيه شبهة التبديل والتزوير وهما يسقطان بالشبهات (كالدين) فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة (والعقار) فانه ايضا يعرف بالتحديد (والنكاح) سواء ادعى الزوج او الزوجة وكذا الطلاق ان ادعت على الزوج (والنسب) من قبل الحى او الميت لانه يعرف بذكر الاب والجد والقبيلة (والغصب) اذ فيه يلزم القيمة وهى دين (والامانة والمضاربة المجحودتين) لانهما كالمغصوب بين حكما فيدهما بالمجحودتين لان غير المجحودتين لا يحتاجان الى كتاب القاضى وكذا الشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل الذى يوجب المال لان البعض منها يعرف بالقدر والوصف والبعض الآخر يعرف باحدهما ولا يقبل الكتاب فى العين المنقول كالثوب والعبد والامة ونحوها فى ظاهر الرواية للحاجة الى الاشارة عند الدعوى والشهادة وروى عن ابى يوسف للقاضى ان يقبل فى العبد لان الاباق يغلب فيه لا فى الامة وعنه ايضا ان يقبل فى الامة كالعبد (و) روى (عن محمد قبوله فى كل ما ينقل وعليه المتأخرون) وفى البزازية والمتقدمون لم يأخذوا بقول الامام الثانى وعمل الفقهاء اليوم على التجويز فى الكل للحاجة (وبه يفتى) كما قال الامام الاسبيجابى وهو مذهب الائمة الثلاثة (ولابد ان يكون الى معلوم بان يقول من فلان الى فلان ويذكر نسبهما) بان يقول من فلان بن فلان الى فلان بن فلان وفى العناية ويشترط فيه المعلوم الخمسة وهو ان يكون من معلوم الى معلوم فى معلوم اى المدعى المعلوم على المعلوم اى المدعى عليه (فان شاء قال بعده) اى بعد ان يقول الى فلان بن فلان (والى كل من يصل اليه) الكتاب (من قضاة المسلمين) حتى لا يبطل المكتوب اليه على ما سيجيء ان شاء الله تعالى (ويقرأه) اى القاضى الكاتب الكتاب (على من يشهدهم عليه) ليعرفوا ما فيه لانهم يشهدون عند المكتوب اليه (او يعلمهم بما فيه) اى فى الكتاب ان لم يقرأ اذ لا شهادة بدون العلم (ويكون اسماؤهم) اى اسماء شهود الطريق وكذا انسابهم (داخلة) فى كتابه وفى التبيين وغيره ويكتب فيه اسم المدعى والمدعى عليه على وجه يقع به التمييز وذلك بذكر جدهما ويذكر الحق فيه ويذكر شهود الاصل واسمائهم وانسابهم لاجل التمييز ان شاء وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم هذا اذا كان غير مشهور واما اذا كان مشهورا يكتفى باسمه المشهور ويكتب العنوان فى داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل قيل هذا فى عرفهم اما فى عرفنا العنوان ان يكون على الظاهر فيعمل به وفى الدرر ويكتب تاريخ الكتاب ولو لم يكتب فيه التاريخ لا يقبله (ويختمه) اى الكاتب (بحضرتهم) اى بحضرة الشهود (ويحفظوا) اى الشهود (ما فيه) اى فى الكتاب لانهم يشهدون به (ويسلمه) اى الكتاب (اليهم) اى الى الشهود دفعا لتهمة التغيير وهذا عند الطرفين (وابو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك) المذكور (سوى اشهادهم انه كتابه لما ابتلى بالقضاء) وهو قول ابى يوسف اخرا قيل اذا كان الكتاب فى يد المدعى يفتى بان الختم شرط وان كان فى يد الشهود يفتى بانه ليس بشرط (واختار) الامام (السرخسى قوله) اى قول ابى يوسف اخرا (وليس الخبر كالعيان) يعنى ان ابا يوسف قبل ان ابتلى بالقضاء وعاين ما فيه قال فيه مثل ما قالا ولما ابتلى بالقضاء وعاين بما فيه قال جميع ذلك ليس بشرط تسهيلا على الناس وان كان الاحتياط فيما قالا (واذا وصل) الكتاب (الى) القاضى (المكتوب اليه نظر الى ختمه ولا يقبله الا بحضرة الخصم)

اى لايأخذ الكتاب الاوقت حضور الخصم لانه لالزامه كما فى الاختيار لكن فى الذخيرة وغيره ان حضوره شرط قبول البينة على الكتاب لاشرط قبول الكتاب (و) الا (بشهادة رجلين اورجل وامرأتين) لان الكتاب قد يزور فلا يثبت الابحجة تامة وايضا كتاب القاضى ملزم اذ يجب على المكتوب اليه ان ينظر فيه و يعمل به و لاالزام الابينة (انه كتاب فلان بن فلان القاضى) والجملة مفعول قوله بشهادة وفيه اشعار بانه يسلم الكتاب الى المدعى كما ذهب اليه ابو يوسف قرأه علينا واخبرنا به (وختمه وسلمه الينا فى مجلس حكمه) كل خبر بعد خبر وفيه اشارة الى مذهب الطرفين (وعند ابى يوسف) يكفى شهادة (انه كتاب فلان) القاضى (وخاتمه) ولا يشترط ان يقولوا قرأه علينا وسلمه الينا فى مجلس حكمه (وعنه) اى عن ابى يوسف (ان الختم ليس بشرط) ويكفيهم ان يشهدوا انه كتاب فلان القاضى لكن لابد من اسلام شهوده بالاتفاق ولو كان الذمى على ذمى لانهم يشهدون على فعل المسلم وانما يحتاج اليهم اذا انكر الخصم كونه كتاب القاضى اما اذا اقر فلا حاجة الى الشهود (فاذا شهدوا) سواء على ما قالاه اوعلى ما قاله عند القاضى المكتوب اليه (فتحه) المكتوب اليه الكتاب بعد ثبوت عدالة الشهود كما فى الهداية وهو الصحيح وفى العناية ان الاصح ماقاله محمد من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض عدالة الشهود وفى التبيين واووجد فى الكتاب مايخالف شهادتهم رده وقرأه على الخصم والزمه مافيه لانه ثبت عنده مافى الكتاب الان يقول الخصم لست بفلان الذى شهدوا به واقام البينة ان فى هذه القبيلة اثنين بهذا النسب كما فى القهستانى (ويبطل الكتاب بموت) القاضى (الكاتب وعزله قبل وصول الكتاب) الى الثانى او بعد وصوله قبل ان يقرأ عليهم وكذا بخروجه عن الاهلية كالجنون والفسق لان الخروج كالعزل والاخراج حكما لكونه واحدا من الرعايا فكتابه لايقبل كخطابه لانتفاء الولاية الشرعية وانما قلنا بعد وصوله قبل ان يقرأ عليهم لانه لومات اوعزل بعد ماقرأ الكتاب لايبطل فى ظاهر الرواية و يحكم به المكتوب اليه على الصحيح وقال ابو يوسف لايبطل مطلقا سواء مات الكاتب اوعزل قبل الوصول او بعده بل المكتوب اليه يقضى به وهو قول الائمة الثلاثة (و) يبطل (بموت المكتوب اليه و عزله الا اذا كتب بعد اسمه) اى بعد اسم المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) فحينئذ لايبطل لان الغير صار تبعا للمعروف المعين بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ماعليه مشايخنا لعدم التعريف واجاز ابو يوسف حين ابتلى بالقضاء وفى الخلاصة وعليه عمل الناس (لا) يبطل (بموت الخصم بل ينفذ على وارثه) اى وارث الخصم المتوفى لانه قائم مقامه وكذا ينفذ على وصيه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت الخصم او بعده اطلق الخصم فشمل المدعى والمدعى عليه (واذا علم القاضى بشئ من حقوق العباد فى زمن ولايته ومحلها جاز له ان يقضى به) من غير شاهد حتى اذا علم القاضى ان زيدا غصب شيئا من المدعى يأخذه عن زيد و يدفعه الى المدعى وهذا جواب رواية الاصول وفى شرح مختصر الوقاية لابى المكارم وهل يقضى القاضى بعلمه فى حقوق العباد اذا علم فى مصره حال قضائه وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لايقضى بعلمه وفى حدود هى حق الله كحد الزنا والشرب لايقضى بعلمه وفى القصاص وحد القذف يقضى به واذا علم بحقوق العباد قبل قضائه اوفى غير مصره فحضر مصره ثم رفع الحادثة اليه فعند الامام لايقضى بذلك العلم وعندهما يقضى واختلف المشايخ على قوله سواء كان قاضيا على الرستاق اولم يكن ولو علم بحادثة فى مصره فعزل ثم اعيد فعنده لايقضى وعندهما يقضى

﴿فصل﴾

قال فى النهاية وقد ذكرنا ان كتاب القاضى اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضى المكتوب اليه امضاؤه اذا كان فى محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمى فان الرأى له فى التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعداد محال الاجتهاد بذكر اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به

(ويجوز قضاء المرأة) في جميع حقوق لكونها من اهل الشهادة لكن اثم المولى لها للحديث لم يفلح قوم ولوا امرهم امرأة (في غير حد وقود) اذ لايجري فيهما شهادتها وكذا قضاؤها في ظاهر الرواية فلو قضت في حد وقود فرفع الى قاض آخر فامضاه ليس لغيره ان يبطله كما في الخلاصة واما قضاء الخنثى فيصح بالاولى وينبغي ان لايصح في الحدود والقود لشبهة الانوثة كما في البحر (ولا يستخلف قاض) على القضاء ولاينفذ قضاء خليفته واوهم ايضا وقال الطحاوي انه نافذ فلا يبطله حاكم اعتبارا بالحكم (الا ان يفوض اليه ذلك) الاستخلاف بان قيل من قبل المقلد ول من شئت وفيه اشعار بانه يستخلف بالاذن دلالة كما في القهستاني فلو جعل قاضي القضاة كان له الاستخلاف لان معناه المتصرف في القضاء تقليدا وعزلا وفي الخلاصة الخليفة اذا اذن للقاضي في الاستخلاف فاستخلف رجلا واذن له في الاستخلاف جازله الاستخلاف ثم وثم فلو استخلف المأمور بالاستخلاف رجلا فقضى للقاضي الذي استنابه او ولد مستنيبه جاز قضاؤه ويقضي النائب بما شهدوا به عند الاصل وعكسه كما في التنوير لكن في البزازية لايقضي القاضي بالحرمة الغليظة بكلام لنائب اما النائب يقضي بكلام القاضي اذا اخبره (بخلاف المأمور بالجمعة) فانه يستخلف لكونها على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء (واذا استخلف المفوض اليه) الاستخلاف (فنائبه لاينعزل بعزله) اى بعزل المفوض اليه اياه لانه صار نائبا عن الاصيل الا اذا فوض اليه ذلك بان قيل له من قبل السلطان استبدل من شئت فحينئذ يجوز له العزل (ولا) ينعزل (بموته) اى بموت المفوض اليه (بل هو نائب الاصل) حقيقة وفيه اشارة الى ان نائب القاضي انعزل بموته كما في هداية الناطفي ولم ينعزل عند كثير من المشايخ والى ان قاضي امير الناحية انعزل بموته بخلاف موت الخليفة حيث لاينعزل القاضي كما لاينعزل امراؤه وفي الفواكه البدرية ونائب القاضي في زماننا ينعزل بعزله وبموته فانه نائبه من كل وجه وفي المحيط اذا عزل السلطان انعزل نائبه بخلاف ما لومات القاضي حيث لاينعزل نائبه هكذا قيل ولاينعزل القاضي اذا عزل السلطان ما لم يصل الخبر اليه كالوكيل ولاينعزل بعزل النائب القاضي والقاضي اذا قال عزلت نفسي او اخرجت نفسي وسمع السلطان ينعزل والا لا وقيل لاينعزل اصلا لانه نائب عن العامة فلايملك عزله (وغير المفوض) اليه الاستخلاف (ان قضى نائبه بحضرته او) قضى (بغيبته فاجاز) الاصل عند استماعه (جاز) قضاؤه اذا كان المستخلف اهلا للقضاء لان المقصود حصول رأي الاول وقد وجد (كما في الوكالة) اى كالوكيل بالبيع والشراء اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته او بغيبته فاجاز عمله جاز (واذا رفع الى القاضي حكم قاض آخر في امر اختلف فيه في الصدر الاول) قيل هو زمان الصحابة والتابعين وقيل المراد ما يعم من الصحابة والفقهاء المجتهدين رضوان الله تعالى عليهم اجمعين في الاصح (امضاه) القاضي المرفوع اليه سواء كان موافقا لرأيه او مخالفا لان القضاء متى لاقى مجتهدا فيه ينفذ ولاينقض باجتهاد آخر لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح اول بالقضاء به ولاينقض بما دونه (ان لم يخالف الكتاب) كالقضاء بحل متروك التسمية عمدا اذ هو مخالف لقوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله كما في المنح وغيره لكن الاحسن ان يمثل القضاء بتقديم الوارث على المديون فان الاول نافذ عند الطرفين كما في القهستاني (او السنة المشهورة) كالقضاء بحل المطلقة الثلاثة بنكاح الثاني بلاوطئ اذ هو مخالف للحديث المشهور وهو حديث العسيلة (او الاجماع) كالقضاء بحل متعة النساء لاتفاقهم على فساده ويشترط ان يكون القاضي عالما باختلاف الفقهاء حتى لو قضى بفصل مجتهد فيه وهو لايعلم بذلك واتفق وقوع قضائه في موضع الاجتهاد لايجب على الثاني تنفيذه وقال شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب لكن في الخلاصة ان هذا الشرط يعني كونه عالما بالاختلاف وان كان ظاهر المذهب لكن يفتى

بخلافه انتهى فينبغى ان يعمل بما فى الخلاصة فى زماننا لان قضاة زماننا غالبا لامعرفة لهم بمذاهبهم فضلا عن علمهم بمذاهب بقية المجتهدين وفى البحر تفصيل فليراجع (وما اجتمع عليه الجمهور لايعتبر فيه خلاف البعض) كالحكم بجواز بيع درهم بدرهمين لان هذا حكى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لكن الصحابة رضى الله تعالى عنهم انكروا وردوا عليه قيل فى اصول الفقه يعتبر باختلاف الاقل فى مقابلة اتفاق الاكثر لان واحدا من الصحابة ربما خالف الجمع الكثير ولم يقولوا نحن اكثر منكم يقال لامخالفة بين القولين لان المذكور فى الكتاب خلاف وفى الاصول اختلاف فافترقا وذلك ان واحدا منهم اذا خالفهم ان جوزوا له يكون اختلافا وان لم يجوزوا يكون خلافا وفى المنح نقلا عن شرح الادب لوقضى فى موضع الاختلاف يجوز وفى موضع الخلاف لايجوز اراد بالاول ما كان فيه خلاف معتبر كالخلاف بين السلف واراد بموضع الخلاف ما لم يكن معتبرا ولم يعتبر خلاف الشافعى وقيل الخلاف عبارة عن القول المهجور لكونه مقابلا لقول الجمهور وقيل الخلاف قول بلا دليل مقرر والاختلاف قول بدليل معتبر وقيل الخلاف من آثار البدعة والاختلاف من آثار الرحمة (والقضاء بحل اوحرمة ينفذ ظاهرا) اى فيما بيننا (وباطنا) اى فيما عند الله عند الامام (ولو) وصلية (بشهادة زور اذا ادعى بسبب معين) من العقود والفسوخ كالنكاح والطلاق والبيع والشراء والاقالة والرد بالعيب والنسب وفى الهبة والصدقة روايتان (وعندهما لاينفذ باطنا بالشهادة الزور) وان نفذ ظاهرا وهو قول زفر والائمة الثلاثة ثم فرع بقوله (فلو اقامت بينة زور انه تزوجها وحكم به حل لها تمكينه) اى اذا ادعت المرأة على الرجل انه تزوجها فاقامت على ذلك بينة زور وقضى القاضى بها حل له وطئها وحل لها تمكينها من الوطئ عند الامام لما روى ان عليا كرم الله وجهه قضى بالنكاح بين رجل وامرأة بشهادة الشاهدين فقالت يا امير المؤمنين ان لم يكن بد فزوجنى فقال على شاهداك زوجاك ولم يلتفت قولها من تجديد النكاح مع كون الشهود زورا بدلالة القصة بناء على ان حكم القاضى بمنزلة انشاء عقد صحيح ولان القاضى مكلف بحسب الوسع فيجب التعديل عليه اذ الوقوف على حقيقة الصدق متعذر بخلاف الحكم بشهادة الكفار والعبيد والحكم على نكاح المنكوحة والمعتدة اذ الوقوف على هذه الاشياء ممكن ولايلزم الايجاب والقبول فى انشاء القاضى بالحكم وكذا لايلزم حضور الاثنين فى خصوص النكاح كما قيل لان ما ثبت فى ضمن صحة القضاء ثبت اقتضاء لاصريحا فلا تراعى شرائطه (خلافا لهما) لان شهادة الزور حجة فى الظاهر فيكون القضاء بقدر الحجة ولايكون حجة فى الباطن فلا يحل لها ذلك عندهما وقال ابو الليث الفتوى على قولهما واثم الشاهدان اثما عظيما ولابد فى المسئلة من زيادة قيد وهو ان لايكون فى المحل مانع لانشاء العقد لان قضاءه فيما ليس له ولاية انشائه اصلا لايفيد الحل بالاجماع وفى القهستانى اذا قضى القاضى بشهود زور انه طلقها ثلاثا ثم تزوجت بزوج بعد العدة فانه يحل له الوطئ ظاهرا وباطنا عند الامام وان علم ان الزوج لم يطلقها لايحل للاول ظاهرا وباطنا واما عندهما فيحل له ولا يحل للثانى اذا علم وعن ابى يوسف انه يحل الاول سرا وعن محمد يحل ما لم يدخل به الثانى (وفى الاملاك المرسلة) اى المطلقة وهى التى لم يذكر فيها سبب معين (لاينفذ باطنا اتفاقا) لعدم احتمال الانشاء فى نفس الملك بدون السبب كما فى الصريح كمن ادعى امة انها ملكه مطلقا ولم يقل اشتريتها مثلا واقام على ذلك بينة زور وقضى القاضى بها لايحل له وطئها بالاجماع (والقضاء فى مجتهد فيه بخلاف رأيه) والباء فى قوله بخلاف متعلق بالقضاء (ناسيا او عامدا لاينفذ عندهما) لانه قضاء بما هو خطأ عنده (وبه يفتى) كما فى المحيط والهداية (وعند الامام ينفذ لو) قضى (ناسيا وفى العمد روايتان) عنه فى رواية لاينفذ وفى رواية ينفذ لانه ليس بخطأ بيقين وفى الخانية اظهر الروايتين عن الامام نفاذ

قضائه وعليه الفتوى وفى الفتح وقد اختلف فى الفتوى والوجه فى هذا الزمان ان يفتى بقولهما
لان التارك عمدا لايفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسى فلان المقلد انما ولاه ليحكم بمذهب
الامام فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم كما لو امر السلطان بعدم سماع الدعوى
بعد خمسة عشر سنة يجب عليه عدم سماعها ولو سمعها وقضى لاينفذ لانه لايصير قاضيا بالنسبة
الى تلك الحادثة كما فى المنح واصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف فى قضية فى عصر ثم اجمع العلماء على احد
القولين فى عصر آخر هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده يرتفع وعندهما لايرتفع فيكون الخلاف
باقيا على حاله (ولا يقضى) القاضى اى لايصح قضاؤه (على غائب) ولا يقضى له عندنا لان القضاء
بالبينة وهى لم تقبل الا اذا سلمت عن الطعن والطاعن غائب خلافا للشافعى وفى البزازية قضى
للغائب او عليه لايصح الا ان يكون عند خصم حاضر قال صاحب البحر ولذا فسرنا بعدم الصحة
والاولى ان يفسر بعدم النفاذ لقولهم اذا نفذه قاض آخر يراه فانه ينفذ واختلف الصحيح فى نفاذه فقيل
لاينفذ وقيل ينفذ ورجح الاول فى الفتح وانه لابد من امضاء قاض آخر لان الاختلاف فى نفس القضاء
قال ظهير الدين فى نفاذ القضاء على الغائب روايتان ونحن نفتى بعدم النفاذ كيلا يتطرقوا الى ابطال
مذهب اصحابنا والقائل بان الفتوى على النفاذ خواهر زاده لكن اشتبه على كثير ان قولهم الفتوى
على النفاذ اعم من كون القاضى شافعيا يراه او حنفيا لايراه والظاهر انه انما هو فى حق من يراه
لاجماع الحنفية على انه لايقضى على غائب كما ذكره الصدر ولو كان اعم لزم هدم مذهبنا (الا بحضرة
نائبه) استثناء من قوله لايقضى على غائب اى لايصح قضاؤه على الغائب ولا له الا ان يحضر من
يقوم مقامه (حقيقة كوكيله) وابيه ووصى الميت ومتولى الوقف وفيه اشارة بان القاضى انما يحكم
على الغائب وعلى الميت ويكتب فى السجل انه حكم على الغائب بحضرة وكيله وعلى الميت بحضرة
وصيه (او شرعا) عطف على قوله حقيقة اى باقامة الشرع عنه (كوصى نصبه القاضى) كما اذا كان
المدعى عليه ميتا وله صغير قد نصب له وصيا (او حكما) لمن يقوم مقامه من حيث الحكم (بان كان
ما يدعى على الغائب سببا) لازما (لما يدعى على الحاضر) من نحو الملك كما اذا ادعى دارا على حاضر انه
اشتراها من الغائب فانه ان صدقه الحاضر لايسلمها القاضى الى المدعى فانه قضاء على الغائب
وهذا حيلة لدفع دعوى الخارج وان انكره الحاضر فاقام بينة عليه قضى له القاضى بها عليه وهذا
قضاء على الغائب ايضا ولذا لو حضر وانكر لايحتاج الى اعادة البينة فالحاضر ينتصب خصما
عنه حينئذ وكذا لو ادعى على الحاضر شفعة دار بشرائه من الغائب او ادعى عليه الكفالة بان له
على فلان الغائب كذا وهذا كفيل عنه بامره يقضى القاضى على الحاضر والغائب ولو لم يقل
بامره لايقضى على الغائب وكذا لو ادعى حد القذف على قاذفه فقال القاذف انا عبد وقال المقذوف
اعتقك مولاك وبرهن عليه قضى عليهما او ادعى المشهود عليه ان الشاهد عبد لفلان فبرهن
المدعى ان المالك الغائب اعتقه تقبل ويقضى عليهما وهى حيلة اثبات العتق على الغائب ولو قال
القاذف ان ام المقذوف امة فلان وقد قذفه بابن الزانية فاقام المقذوف بينة على ان امه بنت فلان
القريشية فقضى القاضى بالحد فهو قضاء بالنسب ايضا كما فى اكثر الشروح لكن لايخفى ان كون
امه بنت فلان القريشية لاينافى كونها امة لجواز ان امها امة فتكون امة تبعة للام تدبر وفى البحر
والمنح نظائر كثيرة فليراجع اليهما (فان كان) ما يدعى على الغائب والاولى وان كان بالواو
(شرطا) لما يدعيه على الحاضر (لا يصح) ولا يكون الحكم على الحاضر حكما على الغائب هذا
قول عامة المشايخ وبعض المتأخرين على ان الشرط كالسبب لجامع التوقف واطلق ذكر الشرط
كما فى الهداية لكن فى الكافى ان الاصح هو ان الشرط ان تضمن ضرر الغائب لايعطى له حكم
السبب قال قاضيخان وهو الصحيح كما اذا قال لامرأته ان طلق فلان زوجته فانت طالق فاقامت

ان فلانا طلق زوجته لاتقبل بينتها فى الاصح وان يتضمنه فهو كالسبب كما او علق طلاق امرأته بدخول فلان الدار فاقامت البينة على الدخول تقبل بينتها وفى المنح واما حيلة اثبات طلاق الغائب المذكورة فى الفصول وغيره فكلها على الضعف من ان الشرط كالسبب فنها حيلة الكفالة بمهرها معلقة بطلاقه ومنها دعواها كفالة بنفقة العدة معلقة بالطلاق ومع هذا لو حكم بالحرمة نفذ لاختلاف المشايخ (ويقرض القاضى مال اليتيم) وكذا مال الوقف والغائب لقدرته على استخراجه متى شاء مع حصول منفعة الحفظ لكونه مضمونا على المستقرض (ويكتب ذكر الحق) اى يكتب الصك لذكر الحق مخافة النسيان لكثرة اشتغاله قال المولى سعدى افندى فيه اشارة الى ان انتصاب ذكر الحق علما لكونه مفعولا له ليكتب وعندى ان قوله ذكر الحق علم للصك (ولا يجوز ذلك) اى الاقراض (للوصى) بالاتفاق لعدم قدرته على الاستحصال حتى لو اقرض يضمن ولا للاب (فى الاصح) وفى المنح وفى الاب روايتان اظهرهما كالوصى وهو الصحيح كما فى الخانية وفى الخلاصة والخزانة الصحيح ان الاب كالقاضى فقد اختلف التصحيح والمعتمد ما فى المتون ويستثنى من عدم جواز اقراض الاب والوصى على المعتمد اقراضه للضرورة كخوف ونهب فيجوز اتفاقا وفى التنوير ولو قضى القاضى بالجور فالغرم على القاضى فى ماله ان قضى بذلك متعمدا او اقر به ولو قضى خطأ فعلى المقضى له

﴿ فصل ﴾ فى التحكيم

هذا من فروع القضاء وتأخيره ان المحكم ادنى مرتبة من القاضى لاقتصار حكمه على من رضى بحكمه وعموم ولاية القاضى وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع (ولو حكم) من باب التفعيل (الخصمان من يصلح قاضيا) بكونه اهلا للشهادة فلو حكما عبدا او صبيا او ذميا او محدودا فى قذف لم يصح وتشترط الاهلية وقت التحكيم ووقت الحكم فلو حكما عبدا فعتق او صبيا فبلغ او ذميا فاسلم ثم حكم لا ينفذ حكمه ولو حكم الذميان ذميا جاز لانه من اهل الشهادة فى حقهم ويشترط ان يكون المحكم معلوما فلو حكما اول من يدخل المسجد لم يجز اجماعا للجهالة (ليحكم بينهما صح) الحكم لانهما التزاما ورضيا به او لانهما على انفسهما (ونفذ حكمه) اى حكم المحكم (عليهما ببينة او اقرار او نكول) ليكون موافقا لحكم الشرع بخلاف حكمه بعلمه فانه لا ينفذ (و) نفذ (اخباره) اى اخبار المحكم (باقرار احد الخصمين) بان قال لاحدهما قد اقررت عندى لهذا بكذا وقضيت عليك (و) نفذ اخباره (بعدالة الشاهد) بان قال لاحدهما قامت عليك بينة فعدلت عندى فحكمت لذلك (حال ولايته) اى بقاء تحكيمهما لان الاخبار بالاقرار او العدالة مفيد لوقوعه قبل قوله حكمت مثلا فيصير الاخبار قبل الانعزال بالحكم وتقوم مقام شهادة رجلين قياسا على سائر القضاة بخلاف اخباره بحكمه لانقضاء ولايته كالقاضى المعزول (ولكل منهما) اى من الخصمين (ان يرجع قبل حكمه) لانه مقلد من جهتهما فكان لكل منهما عزله وهو من الامور الجائزة فينفرد احدهما بنقضه كما ينفرد احد العاقدين فى مضاربة وشركة ووكالة اذا لم تكن الوكالة بالتماس الطالب (لا بعده) اى لا يصح الرجوع بعد حكمه لانه صدر عن ولاية عليهما كالقاضى اذا قضى ثم عزل لا يبطل قضاؤه (واذا رفع حكمه) اى حكم المحكم (الى قاض امضاه ان وافق مذهبه) لعدم الفائدة فى نقضه ثم فائدة هذا الامضاء ان لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة قضائه (والا) اى وان لم يوافق مذهبه (نقضه) اى لم يمضه لانه حكم لم يصدر عن ولاية عامة فلم يلزم القاضى اذا خالف رأيه (ولا يصح التحكيم فى احد) اذ فيه حق الله (وقود) لانهما لا يملكان اباحة دمهما فلا يجوز حكم المحكم فيهما لتوقف حكمه على صحة تحكيمهما وقيل ان حكمه بمنزلة الصلح فيما يجوز فيه الاستيفاء بالصلح واستيفاء الحد والقود غير مشروع بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما (ويصح) التحكيم (فى سائر المجتهدات) وغيرها الذى هو الثابت بالكتاب والسنة والاجماع بالطريق

الاولى (قالوا) اى مشايخنا (ولا يفتى به) اى بالتحكيم (دفعا لتجاسر العوام) وفى البحر واعلم ان معنى قولهم لا يفتى به لا يكتب على الفتوى ولا يجاب باللسان بالحل و انما يسكت المفتى كما افاده فى الفتاوى الصغرى بقوله نكتم هذا الفصل ولا نفتى به وظاهر الهداية ان معناه ان المفتى يجيب بقوله لا يحل فليتأمل فيه انتهى (ولو حكماه فى دم خطأ فحكم بالدية على العاقلة لا ينفذ) لان حكم المحكم لا ينفذ فى حق غير المحكمين ولا ينفذ اذا فى حق العاقلة لانهم ما رضوا بحكمه كما لو حكماه فى عيب مبيع فقضى برده ليس للبائع ان يرده على بايعه الا ان يرضى البائع الاول و الثانى والمشترى بتحكيمه قيد بكونها على العاقلة لانه ينفذ فيه على القاتل من ماله اذا اقر بالقتل خطأ و ان لم يقر به لا ينفذ الحكم عليه بها لكونه مخالفا للنص وهو قوله صلى الله تعالى عليه وسلم للاولياء قوموا فدوه (ولا تصح حكم المحكم ولا المولى) اى القاضى من جهة السلطان (لابويه) وان علا (وولده) وان سفل (وزوجته) لانهم يتهم بحكمه لهم (ويصح) حكمهما (عليهم) كالشهادة حيث لا يجوز لهم وتجوز عليهم (ويصح لمن ولاه عليه) لان من جاز شهادته له وعليه جاز قضاؤه له وعليه

﴿مسائل شتى﴾

جمع شتيت اى متفرقة من كتاب القضاء وهو هنا مرفوع على الوصفية للمسائل والمسائل خبر لمبتدأ محذوف فاذا قلت جاءنى القوم شتى نصبت على الحال اى متفرقين (ليس لذى سفل عليه) اى على السفل (علو لغيره ان يتد) اى لا يدق وتدا (فى سفله او ينقب كوة) بضم الكاف وتشديد الواو وهى الطاقة و فى الديوان بالفتح الروزنة وفى البحر بالفتح نقب البيت ويجمع على كوى بالكسر وقد تضم الكاف فى المفرد و الجمع و يستعار لمفاتيح الماء الى المزارع والجداول و فى الصحاح ان الجمع يمد ويقصر (بلا رضا ذى العلو ولا لذى العلو ان يبنى عليه) او يضع جذعا لم يكن قبل ان يحدث كنيفا بلا رضاء ذى سفل عند الامام لكونه من اسباب الضرر فيمنعه القاضى (وعندهما لكل منهما) اى من صاحب السفل والعلو (فعل ما لا ضرر فيه بلا رضاء الاخر) اذ تصرف فى ملكه (وقيل قولهما تفسير لقوله) اى لقول الامام لانه انما يمنع ما فيه ضرر ظاهر اذ هو ما لا ضرر فيه فلا خلاف بينهم وقيل بل بينهما خلاف وهو فى محل وقوع الشك فالاشك فى عدم ضرره كوضع مسمار صغير يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغى ان يمنع اتفاقا و ما يشك فى التضرر به كدق الوتد فى الجدار او السقف فعندهما لا يمنع لان الاصل هو الاباحة لانه تصرف فى ملكه وهو يقتضى الاطلاق و الاصل عنده الحظر لانه تعلق به حق محترم للغير و الاطلاق يعارضه الرضى فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء او نقضه فيمنع عنه ولذا لا يملك صاحب السفل ان يهدم كالجدار والسقف فكذا نقضه وقول الامام قياس وهل يمنع صاحب العلو من التصرف فى العلو اختلف المشايخ على قول الامام قال صدر الشهيد المختار انه اذا اشكل انه يضر ام لا لا يملك واذا علم انه لا يضر يملك وفى البحر او انهدم السفل بغير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدى ولصاحب العلو ان يبنى ان شاء عليه فيبنى علوه ثم يرجع ويمنعه من الانتفاع والسكنى حتى يدفع اليه لكونه مضطرا (وليس لاهل زايغة) اى سكة (مستطيلة) صفة لزايغة اى طويلة (تنشعب) اى تتفرع (منها) اى من الزايغة المستطيلة (مستطيلة غير نافذة) الى موضع آخر ولا له طريق غير طريق الزايغة المستطيلة (فتح باب) فى حايط دارهم (فى) السكة (المنشعبة) لان فتحه للمرور و ليس لهم حق المرور بل هو مختص باهل السكة المنشعبة لانها ملك لها باجزائها فمن اراد من اهل السكة الاولى فتح باب فقد اراد ان يتخذ طريقا فى ملك الغير و يحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من قبل القاضى الا ان يكون صغيرا للريح او الضوء فلا يمنع (و فى النافذة) المنشعبة (و المستديرة) التى (لزق طرفاها) يعنى سكة فيها اعوجاج حتى بلغ عوجها رأس السكة والسكة غير نافذة (لهم) اى

لاهل السكة الاولى (ذلك) اى فتح باب فى المنشعبة اما النافذة فلان المرور حق العامة وهم من جملتهم واما المستديرة التى تصل طرفاها بها فلانها سكة واحدة من اولها الى آخرها فكان الصحن مشتركا بين جميع اهل السكة حتى لو بيعت دار فى المستديرة تكون الشفعة لجميع اهل السكة قيل هذا اذا كانت مثل نصف دائرة او اقل اما اذا كانت اكثر من ذلك لايفتح اهل الاولى بابا فيها لكونها سكة على حدة (ومن ادعى هبة فى وقت) يعنى ادعى رجل شيئا فى يد رجل انه وهبه له وسلمه اليه فى وقت كذا (فسأل بينة) اى فسأله القاضى بينة لانكار المدعى عليه (فقال) المدعى (جحدنى) المدعى عليه (الهبة فاشتريته منه اولم يقل) المدعى (ذلك) اى جحدنى الهبة (فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة يقبل) برهانه فى الفصلين لان المدعى فى الحقيقة هو الشراء بعد الهبة (ولو) برهن على الشراء (قبله) اى قبل وقت الهبة (لايقبل) برهانه كما لو ادعى اولا انها اى الدار مثلا وقف عليه ثم ادعاها لنفسه او ادعاها لغيره ثم ادعاها لنفسه فانه لاتقبل بخلاف ما لو ادعى الملك اولا ثم ادعى الوقف اولغيره فانه يقبل والفرق ان التوفيق فى الوجه الاول ممكن فلايتحقق التناقض لجواز ان يقول وهب لى منذ شهر ثم جحدنى الهبة فاشتريته منه منذ اسبوع وفى الوجه الثانى لايمكن التوفيق فيتحقق التناقض لان دعوى الهبة اقرار بان الموهوب ملك الواهب قبل الهبة فلاتقبل دعوى الشراء قبل وقت الهبة وفى التبيين واولم يذكرلهما تاريخا اوذكر لاحدهما ينبغى ان تقبل بينته لانه يمكن التوفيق بان يجعل الشراء متأخرا وفى البحر ان قوله جحدنى الهبة اشارة الى انه لابد من توفيقه (ومن ادعى ان زيدا اشترى جاريته فانكر زيد وترك هو) اى المدعى (خصومته حل له) اى للمدعى (وطؤها) اى وطؤ الجارية وكان الظاهر ان لايجوز لاقراره بملك الغير وجه الجواز ان المشترى لما جحد الشراء كان جحوده للبيع فسخا من جهته اذ الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار العقد من الاصل وبهذه المشابهة جعل الجحود مجازا عن الفسخ لما فى المنح وبجحود ما عدا النكاح فسخ فلو جحد انه تزوجها ثم ادعاه وبرهن يقبل برهانه بخلاف المبيع (ومن اقر بقبض عشرة) دراهم من رجل (وادعى انها) اى العشرة (زيوف او نبهرجة صدق) مع يمينه لان الدراهم تقع عليهما اطلقه فشمل ما اذا بين ذلك موصولا اومفصولا (لا) يصدق (انها ستوقة) لان اسم الدراهم لاتقع عليها وقال صاحب المنح ولو ادعى انها ستوقة لايصدق ان كان البيان مفصولا وصدق ان كان البيان منه موصولا (ولا) يصدق (ان اقر بقبض الجياد اوحقه اوالثمن او بالاستيفاء) لان الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام ثم فى قوله قبضت دراهم جيادا لايصدق فى دعواه الزيوف مطلقا سواء كان موصولا اومفصولا وفيما اذا اقر انه قبض الثمن او حقه او استوفى ثم ادعى انها كانت زيوفا ينظر فان كان مفصولا لا يصدق وان كان موصولا صدق لامكان التأويل فالحاصل انه ان كان موصولا صحيح فى الكل والتفصيل فى المفصول والفرق ان فى المسائل الثلاث اقر بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى كان استثناء البعض من الكل فصح موصولا كقوله له على الف الامائة اما اذا اقر بقبض عشرة جياد فقد اقر بكل منهما بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل فى حق الجودة كقوله على مائة درهم ودينار الادينارا كان باطلا وان كان موصولا كما فى البحر نقلا عن النهاية فعلى هذا يلزم للمصنف التفصيل تدبر (والزيف مارده بيت المال) للقصور فى الجودة الا انه مقبول بين التجار (والنبهرجة مارده التجار ايضا) اى رده بيت المال للرداءة ومقبولة عند بعض الناس (والستوقة ماغلب غشه) اى ظاهرها فضة ووسطها نحاس اورصاص وهى معرب ستويه قيد بدعوى المقر لانه لو اقر بقبض دراهم معينة ثم مات فادعى وارثه انها زيوف لم يقبل وكذا اذا اقر بالوديعة او المضاربة او الغصب ثم زعم انها زيوف لم يصدق الوارث وفى التنوير اقر بدين ثم ادعى ان بعضه قرض وبعضه ربوا وبرهن عليه قبل برهانه (ومن قال لمن اقر له بالف ليس لى عليك شئ) او قال

بل هو لك او لفلان (ثم قال) له (فى مجلسه) ذلك (نعم لى عليك الف لايقبل منه بلاحجة) لان الاقرار قدارتد برد المقرله والثانى دعوى فلابد من الحجة اوتصديق الخصم (بخلاف ما لوكذب من قال له اشتريت منى هذا ثم صدقه) فانه يصح لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ فلا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق اما المقرله ينفرد برد الاقرار فافترقا كما فى الهداية لكن اورد يعقوب پاشا فى حاشيته سؤالا وجوابا فى هذا المحل فليطالع (ومن قال لمن ادعى عليه مالا ما كان لك على شئ قط فبرهن) المدعى (عليه به فبرهن هو) اى المدعى عليه (على القضاء اوالابراء قبل برهانه) وقال زفر لايقبل لان القضاء يكون بعد الوجوب وكذا الابراء وقد انكره فيكون منا قضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى و يبرأ منه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ظاهرا ثم يقضى كما يقبل برهانه اوادعى القصاص على آخر فانكر المدعى عليه فبرهن المدعى على من ادعاه من القصاص ثم برهن المدعى عليه على العفو اوالصلح عن القصاص على مال وكذا فى دعوى الرق بان ادعى عبودية شخص فانكر فاقام المدعى بينة على دعواه ثم ادعى المدعى عليه اعتاقه واقام بينة تقبل (وان زاد على انكاره لااعرفك) اولا رأيتك اولاجرى بينى و بينك معاملة اومخالطة اوما اجتمعت معك فى مكان (فلا) يقبل برهانه على القضاء اوالابراء لتعذر التوفيق بين كلاميه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من غير معرفة وقال القدورى يقبل لامكان التوفيق لان المحتجب والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولايعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق و فرع عليه فى النهاية بان المدعى عليه لوكان ممن يتولى الاعمال بنفسه لايقبل لكن فى الاصلاح كلام يمكن جوابه تتبع (ولو ادعى على آخر بيع امته منه واراد ردها) اى رد الامة (بعيب فانكر) الاخر البيع (فبرهن المدعى على البيع منه و) برهن (المنكر على البراءة من كل عيب لايسمع برهان المنكر) لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضى وجود العقد وقد انكره وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انها تقبل لامكان التوفيق بان باعها وكيله وابرأه عن العيب وفى البحر تفصيل فليطالع وفى التنوير اقر ببيع عبده من فلان ثم جحده صح (وذكر ان شاء الله فى آخر صك) اى من كتب صك الشراء مثلا وذكر فى آخره ما ادرك فلانا من درك فعلى خلاصه ان شاء الله قال وذكر ان شاء الله ولم يقل وكتب لان الكتب المجرد ليس كالذكر فى الحكم او كتب ذكر اقرار على نفسه وذكر فى آخره من قام بهذا الذكر فهو ولى مافيه ان شاء الله (يبطل كله) اى كل الصك عند الامام قياسا لان الكل كشئ واحد فالاستثناء ينصرف الى جميعه بحكم العطف فى اثنائه اما لو ترك فرجة فقالوا لايلتحق به و يصير كفاصل السكوت (وعندهما يبطل آخره) اى مايليه (فقط وهو استحسان) لان الاستثناء ينصرف الى مايليه اذالصك للاستيثاق ولو صرف الى الكل يكون للابطال وفى البحر والحاصل ان الشرط اذا تعقب جملا متعاطفة متصلا بها فانه للكل واما الاستثناء فالاالى الاخير

﴿فصل﴾ فى القضاء بالمواريث

ذكر هنا مسئلتين تتعلقا باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر فى وقت بناء على ثبوته فى وقت آخر (مات نصرانى فقالت زوجته اسلمت بعد موته) ولى استحقاق الميراث (وقال وارثه بل) اسلمت (قبله) اى قبل موته ولاميراث لك (فالقول له) اى للوارث لاقولها بغير بينة وعند زفر القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت فى الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما فى جريان ماء الطاحونة والظاهر بلاحجة يصلح للدافع لاللاستحقاق (وكذا لومات مسلم فقالت زوجته) النصرانية (اسلمت قبل موته) ولى استحقاق الميراث (وقال الوارث بل) اسلمت (بعده) وليس لك الميراث يعنى يكون القول للوارث ايضا ولايحكم الحال لان الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق وهنا محتاجة اليه اماالورثة فهم الدافعون

و يشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا كما فى الهداية والتعبير بالاستصحاب احسن من التعبير بالظاهر فان ماثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كاخبار الآحاد كثيرا مايوجب استحقاقا كما فى الفتح (وان قال المودع) بفتح الدال (هــذا ابن مودعى) بكسر الدال (الميت لاوارث له) اى للمودع (غيره) اى غير هذا الابن قيده به لانه لوقال له وارث غيره ولا ادرى امات ام لا لايدفع اليه شئ حتى يقيم المدعى بينة بقوله لانعلم له وارثا غيره (دفع الوديعة اليه) اى الى الابن لان ما فى يده ملك الوارث خلافة عن الميت قيد باقراره بالبنوة لانه لوقال هذا اخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضى يتأنى فى ذلك والفرق ان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن لانه وارث على كل حال وقيد بالوارث احترازا عما اذا اقر انه وصيه اوو كيله او المشترى منه فانه لايدفعها اليه كما فى البحر (وان قال المودع (لاخر) بعد اقراره للاول (هذا ابنه ايضا وكذبه الاول) وقال ليس له ابن غيرى (قضى للاول) لا للثانى لانه صح اقراره الاول لكونه خاليا عن الكذب انقطع يد المقر عن الوديعة فلاعبرة لاقراره الثانى لكونه اقرارا على الغير ولم يذكر ضمان المودع للثانى وفى الغاية انه لايغرم للابن الثانى شيئا باقراره له وفى النهاية فان قيل ينبغى ان يضمن المودع هنا للمقر له الثانى كما قلنا فى مودع القاضى المعزول اذا بدأ بالاقرار بما فى يده لانسان ثم اقر بان القاضى المعزول سلمه فانه يضمن للقاضى قلنا هذا ايضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له الاول بغير رضى القاضى وهذا هو الصواب كما فى الفتح (ولو قسم الميراث بين الورثة او الغرماء بشهادة لم يقولوا) اى الشهود (فيها) اى فى هذه الشهادة (لانعرف له وارثا آخر او غريما آخر لايؤخذ منهم) اى من الورثة او الغرماء (كفيل وهو) اى اخذ الكفيل من القاضى كما فعله البعض (احتياط ظلم) اى ميل عن سواء الطريق وهذا يكشف عن مذهبه اى المجتهد يخطئ و يصيب لا كما ظنه البعض وفى الغاية اى دليل على ان المجتهد يخطئ ويصيب على ان الامام اسبق الائمة واصحابه برآء عن مذهب الاعتزال حيث قالوا كل مجتهد مصيب وتمامه فى البحر فليطالع (وعندهما يؤخذ) لان فى التكفيل نظر للغائب على تقدير وجوده وللامام ان وجود آخر موهوم فلا يؤخر الثابت قطعا له اطلقه فشمل ما اذا ثبت الدين والارث بالبينة او بالاقرار والخلاف فى الاول ولا خلاف فى اخذ الكفيل فى الثانى وهى واردة على اطلاقه وشمل ما اذا قال الشهود لانعلم له وارثا غيره وهنا لايؤخذ الكفيل اتفاقا وقيد بعدم التكفيل لان القاضى يتلوم ولايدفع اليه حتى يغلب على ظنه انه لاوارث له غيره ولا غريم له آخر اتفاقا (ومن ادعى) على آخر (عقارا ارثا له) اى لنفسه (ولاخيه الغائب وبرهن) المدعى (عليه) اى على ما ادعاه (دفع اليه) اى المدعى (نصفه) اى نصف ما ادعاه (مشاعا) غير مقسوم (وترك باقيه) اى ترك نصفه الباقى وهو نصيب الغائب (مع ذى اليد بلا اخذ كفيل منه) اى من ذى اليد (ولو) كان ذو اليد (جاحدا) دعواه عند الامام هذا ظاهر فى صورة الاقرار وايضا فى صورة الجحود لان الحاضر ليس بخصم عن الغائب فى استيفاء نصيبه وليس للقاضى التعرض بلا خصم كما اذا رأى شيئا فى يد انسان يعلم انه لغيره لاينازعه بلا خصم وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضى اذ القضية صارت معلومة فلا يجحد بعده فيصير بجحوده قبل ذلك لاشتباه الامر فلا يكون خائنا به ولان يد الجاحد يد ضمان و يد الغير يد امانة فاليد الاولى للحفظ اولى (وقالا) ان لم يكن جاحدا فكذا (وان كان جاحدا اخذ) اى اخذ القاضى (النصف الاخر منه) اى من ذى اليد (ووضع عند امين) حتى يقدم الغائب لخيانته بجحوده فلا نظر فى تركه (وفى المنقول يؤخذ منه) اى من ذى اليد (اتفاقا) اى اذا كانت الدعوى فى المنقول فقيل يؤخذ منه ويوضع عند عدل الى حضور صاحبه اتفاقا فى الاصح لامكان كتمان المنقول بخلاف العقار لانه محفوظ بنفسه ولذا يملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون بيع العقار (وقيل) هذا (على الخلاف) يعنى عند الامام

يترك نصفه الباقي مع ذى اليد ولا يستوثق نفسه بكفيل وعندهما يؤخذ منه و يوضع على يد عدل وقيل يؤخذ الكفيل بالاتفاق بجحوده واجمعوا على انه لا يؤخذ لو مقرا كما فى البحر (واذا حضر الغائب دفع اليه) اى الى الغائب (نصيبه بدون اعادة البينة) لعدم الحاجة الى اعادتها والى القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا او عينا فيقوم مقام سائر الورثة فى ذلك كما فى التبيين وفى البحر ولم يذكر فيه اختلافا وذكره فى الفصولين وصحح انه لا يحتاج وكذا ينتصب احدهم فيما عليه مطلقا ان كان دينا وان كان فى دعوى عين فلا بد كونها فى يده ليكون قضاء على الكل وان كان البعض فى يده نفذ بقدره وظاهر ما فى الهداية والنهاية انه لا بد من كونها كلها فى يده فى دعوى الدين ايضا وصرح فى الفتح بالفرق بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو انتهى (ومن اوصى بثلث ماله فهو) اى الثلث (يقع على كل مال له) لانها اخت الميراث والميراث يجرى فى الكل وكذا هى (ولو قال مالى او ما املك صدقة فهو) يقع (مال الزكوة) كالنقدين ومال السوائم واموال التجارات بلغ النصاب اولا وسواء كان عليه دين مستغرق لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة لا قدرها ولا شرائطها هذا عندنا وهو استحسان والقياس استوائهما وهو قول زفر لان اسم المال يتناول الكل وجه الاستحسان ان ما اوجبه العبد لنفسه معتبر بايجاب الله تعالى لعبده اذ الشرع صرف الصدقة الى المال الذى فيه الزكوة لا الى كل المال وكذا ينصرف ايجاب العبد اليه بخلاف الوصية لانها تعتبر بالميراث فتجرى فى جميع الاموال (ويدخل فيه) اى فى النذر (ارض العشر عند ابى يوسف) لكون مصرفها مصارف الزكوة (خلافا لمحمد) فانه قال لا تدخل ارض العشر لما فيها من معنى المؤنة وكذا وجب العشر فى ارض الصبى والمكاتب والاوقاف وضم الامام اليه فى النهاية و لا تدخل الخراجية لتمحضها للمؤنة (فان لم يكن له) اى لهذا الشخص (مال غيره) اى غير ما دخل تحت الايجاب (امسك منه) اى من ذلك المال قدر (قوته) اى قوت نفسه وعياله لاحتياجه اليه (فاذا اصاب) بعد ذلك (مالا تصدق بمثل ما امسك) ليكون مؤديا ما اوجبه ولم يقدر بشئ لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت فى مدة وصولهم الى المال قيد بالمال والملك من غير تعيين شئ للاحتراز عما اذا قال الف درهم من مالى صدقة وهو لا يملك الامائة لا يلزمه الا بقدر ما يملك وان لم يكن له شئ لا يجب عليه شئ كما فى البحر (ومن اوصى اليه ولم يعلم) الوصى بالايصاء (فهو وصى) حتى لو باع شيئا من التركة بعد موت الموصى بغير علم يجوز بيعه وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه لا يصح بلا علم (بخلاف التوكيل) اى لا يصح بدون علم الوكيل بذلك ولذا لو باع شيئا من متاع الموكل لا يجوز بيعه والفرق ان الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث واما الوكالة فاثبات ولاية التصرف فى ماله وليست باستخلاف لبقاء ولاية المنوب عنه فلا يصح من تثبت له الولاية (وقبل فى الاخبار بالتوكيل خبر فرد وان كان) ذلك الفرد (فاسقا) اى لا يشترط لصحة التوكيل خبر عدل بل يثبت بخبر الواحد سواء كان عدلا او فاسقا او عبدا او صغيرا مميزا اوليس فيها الزام كسائر المعاملات لان الوكيل ان شاء يستوفى (لا) يقبل (فى العزل منه) والظاهر ان الضمير راجع الى التوكيل لكن لا معنى له بل الاولى ان يترك قوله منه واكتفى فى العزل اى لا يقبل فى عزل الوكيل تدبر (الا خبر عدل) اى لا يقبل خبر فاسقين وفيه اشعار بانه لا يشترط لفظ الشهادة (او مستورين) وظاهر قوله انه لا يقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف و الصحيح قبوله وثبوت هذه الاحكام لان تأثير خبر الفاسقين اقوى من تأثير خبر العدل بدليل انه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ و بشهادة فاسقين نفذ كما فى البحر وهذا عند الامام (وعندهما هو) اى العزل (كالاول) اى التوكيل فى انه يقبل فى الاخبار

بالعزل خبر فرد ولو كان فاسقا كالاخبار بالتوكيل وعند الائمة الثلاثة تشرط فى العزل والنصب عدلان (وكذا الخلاف) بين الامام وصاحبه (باخبار السيد بجناية عبده) يعنى لو اخبر به فاسق للسيد بان عبده جنى خطأ فباع او اعتق لا يصير مختارا للفداء عنده وعندهما يصير (والشفيع بالبيع) يعنى الشفيع اذا سكت بعدما اخبر فاسق بالبيع لا يكون تاركا للشفعة عنده وعندهما يكون (والبكر البالغ (بالتزوج) يعنى اذا اخبر فاسق البكر البالغ بالنكاح فسكتت لا تصير راضية بالنكاح عنده خلافا لهما (ومسلم لم يهاجر بالشرايع) متعلق باخبار مقدر اى من اسلم فى دار الحرب فاخبر بالشرايع فاسق لا يؤخذ عنده خلافا لهما لان كل واحد منهم من جنس المعاملات فلا يتوقف على احد وصفى الشهادة وله ان فيها الزاما من وجه دون وجه فيشترط احد شطرى الشهادة اما العدد او العدالة فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبى وان وجد العدد او العدالة هذا مقيد بان يكون المخبر غير الخصم ورسوله فلا يشترط فيه العدالة لو اخبر الشفيع المشترى بنفسه وجب الطلب اجماعا والرسول يعمل بخبره وان كان فاسقا اتفاقا صدقه او كذبه كما ذكره الاسبيجابى لكن فى المنح تفصيل فليطالع (ولو باع القاضى او امينه عبدا) لرجل (للغرماء) اى لاجل ديونهم (واخذ المال) اى اخذ القاضى او امينه الثمن (فضاع) عند القاضى او امينه (واستحق العبد) ونزع من يد المشترى (لا يضمن) القاضى ولا امينه الثمن للمشترى لان القاضى او امينه بمنزلة الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة فيلزم تعطيل مصالح المسلمين وفى البحر ان امين القاضى هو من يقول له القاضى جعلتك امينا فى بيع هذا العبد اما اذا قال بع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ والصحيح انه لا يلحقه عهدة (ويرجع المشترى على الغرماء) لان البيع وقع لهم فكانت العهدة عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على الموكل عند تعذر جعلها على الوكيل بان كان صبيا او عبدا محجورا عليه (ولو باعه) اى العبد (الوصى لاجلهم) اى لاجل الغرماء (بامر القاضى) له بالبيع وقبض ثمنه (ثم استحق) العبد (او مات قبل قبضه) اى قبل قبض المشترى (من الوصى وضاع المال) اى ثمن العبد (رجع المشترى) بالثمن (على الوصى) لانه عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وكذا الوصى الذى نصبه القاضى لانه نصبه ليكون قائما مقام الميت (وهو) اى الوصى يرجع (على الغرماء) لانه عامل لهم ومن عمل عملا لغيره ولحقه بسببه ضمان يرجع به من يقع له العمل وفى البحر والتقييد بامر القاضى اتفاقى وليعلم حكمه بغير امره بالاولى ولهذا قال الامام الحصيرى وامر القاضى وعدم امره سواء وفى التنوير اخرج القاضى الثلث للفقراء ولم يعطهم اياه حتى هلك كان الهلاك من مال الفقراء والثلثان للورثة (ولو قال لك قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم او القطع او الضرب وسعك فعله) ولا يلام عليه عند الله تعالى لان طاعة اولى الامر واجبة وتصديقه طاعة له وقول مثل هذا القاضى حجة وقال محمد آخرا وهو مذهب مالك والشافعى لا يقبل قوله حتى يعاين الحجة لان قول القاضى يحتمل الغلط والتدارك لا يمكن وكثير من مشايخنا اخذوا به فى عيون المذاهب وبه يفتى لفساد اكثر قضاة زماننا وفى البحر تفصيل فليراجع (وكذا) وسعك فعله (فى) القاضى (العدل غير العالم ان استفسر فاحسن تفسيره) اى لو قال قاض جاهل عادل يلزم ان تسأله عن سببه فان احسن تفسير قضائه على مقتضى الشرع بان قال مثلا استقصيت المقر به كما هو المعروف وحكمت عليه بالرجم يسعك فعل ما امر به (والا) اى وان لم يحسن تفسيره (فلا) يسعك فعل ما امر به لخطائه بسبب الجهل (ولا يعمل بقول غير العدل مطلقا) سواء كان عالما او جاهلا لتهمة الخيانة بفسقه (ما لم يعاين سبب الحكم) اى يعاين سببا شرعيا للحكم فحينئذ يعمل بقوله لانتفاء التهمة (ولو قال قاض عزل لشخص اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها) اى بتلك الالف (عليك او قال) قضيت (بقطع يدك

فى حق فقال) ذلك الشخص (بل اخذتها) اى تلك الالف (او قطعت) يدى (ظلما) متعلق باخذت اوقطعت على التنازع (واعترف) ذلك الشخص (بكون ذلك) اى الاخذ اوالقطع (حال ولايته) اى ولاية القاضى (صدق القاضى ولايمين عليه) لان المدعى اقر بكون الاخذ فى حال قضائه فكانه رضى بشهادة الظاهر هوان القاضى لايظلم فى قضائه لكونه امينا فيما فوض اليه ويقبل قوله بلا يمين لانه لولزمه اليمين يصير خصما وقضاء الخصم لاينفذ فيعطل امور الناس وفى القهستانى وقبل وجوبا قول قاض عدل قضيت انا بهذا العقار لزيد مثلا لفقد التهمة وهذا ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع الى انه لم يقبل وبه اخذ اكثر المشايخ كما مر آنفا واستفيد من قوله قضيت انا بهذا العقار لزيد ان المقضى والمقضى عليه معلومان والا لايقبل للتهمة لان القضاء فى زماننا غير معتمد كما فى اكثر الكتب وعلى هذا لم يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى شىء ما كما فى الكرمانى (ولو قال) ذلك الشخص للقاضى (فعلته قبل ولايتك اوبعد عزلك وادعى القاضى فعله فى) زمان (ولايته فالقول له) اى للقاضى (ايضا هو الصحيح) لانه متى اعترف انه كان قاضيا صحت اضافة الاخذ الى حالة القضاء لان حالة القضاء معهودة وهى منافية للضمان فصار القاضى بالاضافة الى تلك الحالة منكرا للضمان فكان القول له كما لو قال طلقت اواعتقت وانا مجنون وجنونه كان معهودا وقوله هو الصحيح احتراز عما قال السرخسى اذا زعم المدعى ان القاضى فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعى لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب اوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لايصدق الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة فى الاسناد يحكم الحال (والقاطع او الآخذ ان كانت دعواه كدعوى القاضى ضمن) القاطع والآخذ (هنا) اى فيما قال المدعى فعلته قبل ولايتك او بعد عزلك (لا) يضمن (فى الاول) اى فيما اعترف المدعى بكون ذلك حال ولايته اى اذا اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضى لم يضمن لان قول القاضى حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله معاينا ولو اقر واحد منهما فى الفصل الثانى بما اقر به القاضى يضمن لانه اقر بسبب الضمان وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لا فى ابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق وفى التنوير صب شخص دهنا لانسان عند الشهود وقال الصاب كانت الدهن نجسة وانكره المالك فالقول للصاب واوقتل شخص رجلا وقال قتلته لردته لم يقبل قوله

﴿ كتاب الشهادات ﴾

اخرها عن القضاء لانها كالوسيلة وهو المقصود وشروطها كثيرة تأتى فى اثناء المسائل حتى قال صاحب البحر ان شرائطها احد وعشرون وشرائط التحمل ثلاثة وشرائط الاداء سبعة عشر منها عشر شرائط عامة ومنها سبعة شرائط خاصة وشرائط نفس الشهادة ثلاثة وشرط مكانها واحد وسبب وجوبها طلب ذى الحق اوخوف فوت حقه فان من عنده شهادة لايعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد عليه بلا طلب انتهى هذا ليس بمسلم لانه لايجب ان يشهد بدون الطلب مطلقا بل يجب عليه ان يعلم صاحب الحق بانه يشهد له فان ادعاه وجب عليه والا فلا يجب بل هو مقيد بان يكون ادعى عند القاضى ولم يجد شاهدا يتم به مدعاه وذلك الشاهد حاضر يجب ان يشهد فههنا فيه طلب حكمى لان المدعى ما ادعى عند الحاكم الا وهو يطلب من يشهد له بحقه كما ذكره المقدسى ومحاسنها كثيرة منها امتثال الامر فى قوله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط وركنها استعمال لفظ الشهادة وحكمها وجوب الحكم على القاضى بما ثبت بها وفى المبسوط والقياس يأبى كون الشهادة حجة ملزمة لانها تحتمل الصدق والكذب والمحتمل لايكون حجة الا ان هذا القياس ترك بالنصوص والاجماع والشهادة فى اللغة خبر قاطع وشهد كعلم وكرم وقد يسكن هاؤه وشهده كسمعه شهودا حضره فهو شاهد وقوم شهود اى حضور وشهد له بكذا شهادة اى ادى ما عنده فهو شاهد والجمع شهد وتمامه فى البحر فليطالع وفى التبيين هى اخبار عن مشاهدة

وعيان لاعن تخمين وحسبان هذا فى اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من الشهادة التى تنبئ عن المعاينة وسمى الاداء شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب انتهى وهو خلاف الظاهر وانما هو معناها الشرعى ايضا كما فى البحر وعن هذا قال (هى) اى الشهادة (اخبار) شرعى (بحق) اى بمال اوغيره (للغير) اى حصل لغير المخبر من كل الوجوه كما هو فى المتبادر فيخرج عنه الانكار فانه اخبار به لنفسه فى يده وكذا دعوى الاصيل فانه اخبار لنفسه فى يد غيره وكذا دعوى الوكيل فانه ليس باخبار للغير من كل الوجوه كما ظن كما فى القهستانى (على الغير) فيخرج الاقرار اذ هو اخبار على نفسه وتدخل فيه الشهادة بالزنا والبيع ونحوها (عن مشاهدة لاعن ظن) واليه الاشارة المصطفوية حيث قال اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع وفى العناية وفى اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظة الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة وبعده يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات انتهى ويرد عليه قول القائل فى مجلس القاضى اشهد برؤية كذا لبعض العرفيات والاولى ان يزاد لاثبات حق كما فى الفتح (ومن تعين لتحملها) اى الشهادة بان لا يوجد غيره ممن هو اهل للشهادة (لايسعه ان يمتنع منه) اى من التحمل اذا طلب لان فى الامتناع من التحمل من تضييع الحقوق وان لم يتعين للتحمل بان يوجد غيره فهو مخير (ويفترض اداؤها) اى اداء الشهادة (بعد التحمل اذا طلبت) الشهادة (منه) اى من الشاهد لقوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا مادعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذا وان كان نهيا عن الاباء والكتمان لكن النهى عن الشئ يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال به فكان اداء الشهادة فرضا قطعا كفر بضده الانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل آكد ولهذا اسند الاثم الى الالة التى وقع بها الفعل وهو القلب لما عرف ان اسناد الفعل الى محله اقوى من الاسناد الى كله فقوله ابصرته بعينى آكد من قولهم ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل على انه اعظم الجرائم بعد الكفر ثم اداء الشهادة انما يجب اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القضاء وان كان بعيدا بحيث لا يمكن ان يجئ الى القاضى ويرجع بعده فى يومه هذا الى منزله لا يأثم بتركها ولو كان شيخا كبيرا لا يقدر على المشى يجوز له الركوب على مركب المدعى والا فلا وفى البحر لو شهد عند الشاهد عدلان ان المدعى قبض دينه او ان الزوج طلقها ثلاثا او ان المشترى اعتق العبد او ان الولى عفى عن القاتل لا يسعه ان يشهد بالدين والنكاح والبيع والقتل (الا ان يقوم الحق بغيره) بان يكون فى الصك سواه ممن يقوم به الحق فحينئذ لا يفترض لان الحق لا يضيع بامتناعه ولانها فرض كفاية وفى الدرر ثم انه انما يأثم اذا علم ان القاضى لا يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضى لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فادى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت لا يأثم وان ادى غيره ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدى الى تضييع الحق قال شيخ الاسلام او اخر الشاهد الشهادة بعد الطلب بلا عذر ظاهر ثم ادى لا تقبل لتمكن التهمة (وسترها) اى ستر الشهادة (فى الحدود افضل) من ادائها يعنى انه يخير بين ان يظهرها لما فيه من ازالة الفساد او قلته وبين ان يسترها وهو احسن لقوله عليه الصلاة والسلام للذى شهد عنده لو سترته بثوبك كان خيرا لك وفى الحديث من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والاخرة وقد صح ان النبى عليه الصلاة والسلام لقن المقر بالزنا الدرء الحد عنه فشهر وكفى به قدوة وكذلك نقل عن الخلفاء الراشدين واما قوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه فذلك فى حقوق العباد وفى البحر تفصيل فليطالع (ويقول) الشاهد (فى) شهادة (السرقة) اشهد انه (اخذ) ماله لئلا يلزم ترك الواجب (لا سرق) للتحرز عن وجوب الحد وضياع المال لان القطع والضمان لا يجتمعان فاعتبر فى السرقة الستر مع الشهادة

وحكي ان هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء وفيهم ابو يوسف فادعى رجل على اخر اخذ ماله من بيته فاقر بالاخذ فسأل الفقهاء فافتوا بقطع يده فقال ابو يوسف لا لانه لم يقر بالسرقة وانما اقر بالاخذ فادعى المدعى انه سرق فاقر بها فافتوا بالقطع وخالفهم ابو يوسف فقالوا له لم قال لانه لما اقر اولا بالاخذ ثبت الضمان عليه وسقط القطع فلا يقبل اقراره بعده بما يسقط الضمان عنه فعجبوا منه (وشرط للزنا اربعة رجال) من الشهود لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولفظ اربعة نص في العدد والذكور كما في البحر واورد انكم لا تقولون بالمفهوم فمن اين الحكم عدم جواز الاقل فاجاب الزيلعي انه بالاجماع واورد المعارضة بين هذه وبين قوله فاستشهدوا شهيدين الاية واجاب في الفتح بانها مبيحة وتلك مانعة والتقديم للمانع وجه هذا الاشتراط انه تعالى يحب الستر على عباده واوعد بالعذاب لمن احب اشاعة الفاحشة على المؤمنين وفي اشتراط الاربع ووصف الذكورة تحقيق معنى الستر (و) شرط (للقصاص وبقية الحدود) وكذا الاسلام كما قد ذكر وردة مسلم كما في التنوير (رجلان) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فلا تقبل شهادة النساء لقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولشبهة البدلية لانها قائمة مقام شهادتهم والحال ان الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات (و) شرطت (للولادة والبكارة وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال امرأة) حرة مسلمة لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو الواحد وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع وهو قول عطاء بناء على ان كل امرأتين مقام رجل واحد وعلى مالك في اشتراط امرأتين وهو قول الثوري لانه لما سقط اعتبار الذكورة بقي العدد معتبرا وفيه اشارة الى ان الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا قال تعمدت النظر اما اذا شهد بالولادة فاجأتها فاتفق نظري عليها تقبل شهادته اذا كان عدلا كما في المبسوط هذا اذا تأيدت الشهادة بالاصل لانها لو قالت هي بكر يأجل القاضي في العنين سنة لان شهادتها تأيدت بالاصل وهو البكارة ولو قالت هي ثيب لا تقبل لانها تجردت عن المؤيد وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع كما في الهداية فان قلت لو ثبت العيب بقولهن لا يحلف البائع بل ترد عليه الجارية فكيف يكون تحليف البائع نتيجة لثبوت العيب وثبوت العيب انما هو مثبت للرد لا للتحليف قلت معناه العيب يثبت بقولهن في حق سماع الدعوى وحق التحليف حتى انهن لو لم يقلن انها ثيب ليس للمشتري ولاية التحليف (وكذا) شرط شهادة امرأة واحدة (لاستهلال المولود في حق الصلوة) عليه بالاجماع لانها من امور الدين (لا في) حق (الارث) عند الامام لانه مما يطلع عليه الرجال (وعندهما في حق الارث ايضا) اي كما تقبل شهادتها في حق الصلوة لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعي واحمد وهو الراجح كما في الفتح (و) شرط (لغير ذلك) المذكور من الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال (رجلان او رجل وامرأتان ما لا كان) الحق (او غير مال كالنكاح والرضاع والطلاق والوكالة والوصية) والرجعة واستهلال صبي للارث والعتاق والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل وقصور الولاية واختلال الضبط ولكن قبلت في الاموال ضرورة باعتبار كثرة وجودها وقلة خطرها فيقتصر عليها وبه قال مالك واحمد في رواية ولنا ما روى ان عمر وعليا رضي الله تعالى عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة والاصل

قبول شهادتهن لوجود ماتبتنى اهلية الشهادة وهى المشاهدة والضبط والاداء وما يعرض لهن من قلة الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة ولهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت بالشبهات وانما لا تقبل شهادة الاربع من غير رجل كيلا يكثر خروجهن كما فى الهداية وغيرها وقال صاحب العناية ولم يذكر الجواب عن قوله انتقصان العقل وقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان فى عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولانى وهو حاصل لجميع افراد الانسان فى مبدأ فطرتهم والثانية ان تحصل البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكرة ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن فى تحصيل البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات وبالتنبيه ان شئت فانه لو كان فى ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال فى اركان وليس كذلك وقوله عليه الصلاة والسلام ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثانى ايضا به فتأمل انتهى (وشرط للكل الحرية) فلا تقبل شهادة العبد (والاسلام) فلا تقبل شهادة الكافر على المسلم وما فى الفتح من ان الذمى اهل للشهادة فى الجملة محمول فيما اذا شهد الكافر على مثله (والعدالة) وهى كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهى الانزجار عما يعتقده حراما فى دينه وهذا يتناول الاجتناب من الكبائر وترك الاصرار على الصغائر وعن ابى يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها ذا مروة تقبل شهادته والاول اصح الا ان القاضى لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا خلافا للشافعى ولنا ان العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل للقضاء والشهادة الا ان يمنع الخليفة من القضاء بشهادة الفاسق فحينئذ لا ينفذ القضاء بشهادة الفاسق (و) شرط (لفظ الشهادة) اى لفظ اشهد فى جميع ما تقدم لورود عبارة النص كذلك ولكونه من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد (ولا يصح) الشهادة (ولو قال اعلم او اتيقن) مكان اشهد مخالفا لما نص به الكتاب واعلم ان كل موضع لا يشترط فيه لفظ الشهادة كطهارة الماء والموت وهلال رمضان لا يكون الواقع فيه من قبيل الشهادة الشرعية بل من قبيل الاخبار (ولا يسئل قاض عن شاهد) كيف هو (بلا طعن خصم) عند الامام عملا بظاهر عدالة المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف فان طعن الخصم يسئل القاضى فى السر ويزكى فى العلانية (الا فى حد وقود) فانه يسئل القاضى فى السر ويزكى فى العلانية فيهما طعن الخصم اولا بالاجماع لانه يحتال لاسقاطهما فيشترط الاستقصاء فيهما (وعندهما يسئل فى سائر الحقوق سرا وعلنا) وان لم يطعن الخصم لان بناء القضاء على الحجة وهى شهادة العدل قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان عصره مشهود بالخير لكونه قرنا ثالثا وعصرهما مسكوت عنه لكونه قرنا رابعا اذ نشأ فيه الكذب لتغير احوال الناس (وبه) اى بقول الامامين (يفتى فى زماننا) لان الفساد فى هذا العصر اكثر كما فى اكثر المعتبرات ومحل السؤال على قولهما عند جهل القاضى بحالهم ولذا قال فى البحر نقلا عن الملتقط القاضى اذا عرف الشهود بجرح او عدالة لا يسئل عنهم (ويجزئ الاكتفاء بالسر) فى زماننا تحرزا عن الفتنة والتزكية فى السر ان يبعث القاضى امينا الى المعدل العدل ويكتب اليه كتابا فيه اسم الشاهد ونسبه ومحلته ومسجده فيسئل عن جيرانه واصدقائه فاذا عرفهم بالعدالة

يكتب هو عدل فاذا عرفهم بالفسق يكتب الله اعلم اولا يكتب شيئا احترازا عن كشف السر واذا لم يعرفهم بالعدالة او بالفسق يكتب هو مستور ويرده الى القاضى سرا كيلا يظهر فيخدع والتزكية فى العلانية ان يجمع القاضى بين المعدل والشاهد فى مجلسه لتنتفى شبهة تعديل غيره (ويكفى للتزكية) ان يقال (هو عدل فى الاصح) لان من نشأ فى دار الاسلام فى زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضى عن حرية الشاهد واسلامه ما لم ينازعه الخصم (وقيل لابد من قوله عدل جائز الشهادة) لان العبد او المحدود فى قذف اذا تاب قد يكون عدلا مع انه لا تجوز شهادة كل واحد منهما (ولا يصح تعديل الخصم بقوله هو عدل لكن اخطأ) شهادته (اونسى) كيفية الوقعة هكذا قال الامام يعنى تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح ومراده على قول من يرى السؤال عن الشهود واما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فانه لا يراها ومع هذا فرع عليها على قول من يرى وعنهما انه تجوز تزكيته وهو قول الائمة الثلاثة لكن عند محمد لابد من ضم آخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد عنده ووجه الظاهر ان فى زعم المدعى وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب فى الجحود وتزكية الكاذب الفاسق لا يصح واطلق الخصم ولم يقيده لكن قيده صاحب المنح بما اذا كان لم يرجع اليه فى التعديل لانه اذا كان ممن يرجع اليه فى التعديل صح قوله كما صرح به فى البزازية فعلى هذا لو قيده كما قيد صاحب المنح لكان اولى (فان قال) الخصم (هو عدل صدق) اى عادل صادق (ثبت الحق) اى حق المدعى لانه اقرار منه بثبوت الحق بخلاف ما لو قال هم عدول ولم يزد عليه حيث لا يلزمه شئ لانهم مع كونهم عدولا يجوز منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا كما فى الدرر لكن فى البحر نقلا عن الصدر الشهيد انه يكون مقرا بقوله صدقوا فيما شهدوا به على وبقوله هم عدول فيما شهدوا به على (ويكفى الواحد لتزكية السر والترجمة والرسالة الى المزكى) يعنى يصلح الواحد ان يكون مزكيا للشاهد ومترجما عن الشاهد ورسولا من القاضى الى المزكى عند الشيخين لان التزكية من امور الدين فلا يشترط فيها الا العدالة حتى تجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود فى القذف التائب لان خبرهم مقبول فى الامور الدينية (والاثنان احوط) لان فيه زيادة طمانينة (وعند محمد لابد من الاثنين) وهو قول الائمة الثلاثة لان التزكية فى معنى الشهادة لان ولاية القاضى تبتنى على ظهور العدالة فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة ومحل الاختلاف ما اذا لم يرض الخصم بتزكية الواحد فان رضى جاز اجماعا هذا فى تزكية السر اما فى تزكية العلانية يشترط جميع ما يشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغيرهما سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر ولذا يختص بمجلس القاضى وعن هذا قال (وتشترط الحرية فى تزكية العلانية دون السر) وكذا يشترط العدد فيها على ما قاله الخصاف ويشترط فى تزكية شهود الزنا اربعة ذكور عند محمد كما فى الهداية

﴿وصل﴾

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع فى بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو نوعان الاول ما ثبت بنفسه بلا استشهاد والثانى ما لا يثبت بنفسه بل يحتاج الى اشهاد فشرع فى الاول وقال (يشهد بكل ما سمعه) من المسموعات (او رآه) من المبصرات (كالبيع والاقرار وحكم الحاكم) مثال ما كان من المسموعات كما فى الفرائد لكن يمكن ان يكون مثالا لهما كما فى البحر (والغصب والقتل) مثال ما كان من المبصرات (وان) وصلية (لم يشهد) من الافعال مبنى للمفعول (عليه) اى على ما ذكر من جانب المدعى لان كل واحد منها ثابت الحكم بنفسه (ويقول اشهد) انه باع او اقر لانه عاين السبب فوجبت عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد فظاهر وان كان بالتعاطى فكذا لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمى وليس ببيع

حقيق كما فى التبيين لكن فى البزازية ولو شهدوا بالبيع جاز ولابد من بيان الثمن فى الشهادة على
الشراء لان الشراء بثمن مجهول لايصح (لا) يقول (اشهدنى) فيما لا اشهاد فيه لانه غير واقع
فيكون كذبا وفى التبيين ولو سمع من وراء الحجاب لايسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة
تشبه النغمة الا اذا كان فى الداخل وحده وعلم الشاهد انه ليس فيها غيره ثم جلس
على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولايراه لانه يحصل به العلم وينبغى
للقاضى اذا فسره له ان لايقبله وقالوا اذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لايجوز ان يشهد عليها الا
اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار قال الفقيه ابو الليث اذا اقرت امرأة من وراء حجاب وشهد
عنده اثنان انها فلانة بنت فلان بن فلان لايجوز لمن سمع اقرارها ان يشهد عليها الا اذا رأى
شخصها حال ما اقرت فحينئذ يجوز ان يشهد على اقرارها برؤية شخصها لا رؤية وجهها قال
ابو بكر الاسكاف المرأة اذا حسرت عن وجهها فقالت انا فلانة بنت فلان بن فلان وقد وهبت
لزوجى مهرى فان الشهود لايحتاجون الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان مادامت
حية اذ يمكن للشاهد ان يشير اليها فان ماتت فحينئذ يحتاج الشهود الى شهادة عدلين انها فلانة
بنت فلان بن فلان كما فى الدرر ثم شرع فى النوع الثانى فقال (ولايشهد على شهادة غيره اذا سمع
ادائها) اى لايشهد على شهادة شاهد من سمع الشهادة سواء سمع بمجلس القاضى او غيره لان هذه
الشهادة غير ثابت الحكم بنفسه بل بالقاضى فيستلزم التحميل مع انه لم يحمله حيث لم يشهد
(عليه او اشهاد الغير عليها) اى لايشهد على شهادة شاهد من سمع اشهاده على الشهادة (مالم يشهد
هو) اى الشاهد الاصل (عليها) اى على الشهادة توضيحه قال شاهد لشخص اشهدنى ان فلانا اقر
عندى بكذا فسمع آخر هذا القول لايجوز للسامع ان يشهد لان كلا من الشهادة والاشهاد غير
ثابت الحكم بنفسه بل بالنقل الى مجلس القضاء وذا يستلزم التحميل والانابة وهو لم يوجد لانه ما حمله
بالاشهاد وانما حمل غيره قيل ان سمع عند القاضى ان الشاهد يشهد بشهادة حل للسامع ان يشهد
(ولايعمل شاهد ولا قاض ولا راو بخطه مالم يتذكر) اى لايحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا
ان يتذكر ولا للقاضى اذا وجد ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا
بذلك او قضية قضاها ان يحكم بتلك الشهادة ولا ان يمضى تلك القضية ولا للراوى اذا وجده مكتوبا
بخطه او بخط غيره وهو معروف انه قرأ على فلان ونحوه ان يروى حتى يتذكر الشهادة او القضية
او الرواية قيل هذا عند الامام لان الشهادة والقضاء والرواية لا يحل الا عن علم ولا علم هنا
لان الخط يشبه الخط (وعندهما يجوز) كل من الشهادة والقضاء والرواية (ان كان الخط محفوظا
فى يده) وان لم يتذكر الحادثة لوقوع الامن حينئذ من الزيادة والنقصان فيكون الخلاف حينئذ
فيما اذا كان محفوظا فى يده فعنده لايجوز سواء كان الخط محفوظا فى يده اولا وعندهما يجوز ان كان
محفوظا فى يده والا فلا وقال بعضهم الخلاف مطلق فعند الامام لايجوز مطلقا وعندهما يجوز
مطلقا لان الظاهر انه خطه والعمل بالظاهر واجب لكن فى البحر وغيره وجوز محمد فى الكل
وجوزه ابو يوسف للراوى والقاضى دون الشاهد قال شمس الائمة الحلوانى ينبغى ان يفتى بقول محمد
وجزم فى البزازية بانه يفتى بقول محمد وفى السراج وما قاله ابو يوسف هو المعول عليه وفى المنح
وقولهما هو الصحيح فعلى هذا ينبغى للمصنف التفصيل (ولايشهد) احد (بما لم يعاينه) بالاجماع
لما تلوناه آنفا (الا النسب) بان فلانا ابن فلان او اخوه (والموت) بان فلانا قد مات (والنكاح)
بان فلانا تزوج فلانة (والدخول) بان فلانا تزوج فلانة ودخل بها (وولاية القاضى) بان فلانا
قد تولى القضاء من جهة فلان الامام (واصل الوقف) بان فلانا وقف هذه الصيغة مثلا هذا
اذا لم يسند الى الملك كما قررناه فى آخر الوقف والقياس ان لاتجوز الشهادة بالتسامع فى المسائل

المذكورة ايضا ووجه الاستحسان ان هذه الامور تختص لمعاينة اصحابها وهم خواص الناس وتتعلق بها الاحكام فلولم تقبل الشهادة فيها بالتسامع لتعطلت احكامها بخلاف البيع ونحوه وقوله اصل الوقف احتراز عن شرائطه لما في البزازية وفي الوقف انها تقبل بالتسامع على اصله لا على شرائطه وهو الصحيح وكلما يتعلق بصحة الوقف ويتوقف عليه فهو من اصله ومالا يتوقف عليه الصحة فهو من الشرائط وفي الفصول العمادية المختار ان لا تقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف وفي المجتبى المختار ان تقبل كما بيناه في آخر الوقف وظاهر التقييد بما ذكر من الاشياء الستة يدل على عدم قبولها به في غيرها من الولاء والعتق واختلف في نقل الاختلاف في العتق فنقل السرخسي عدم قبولها فيها اجماعا ونقل الحلواني انه على الاختلاف المنقول في الولاء فمن ابي يوسف الجواز فيهما ومن ذلك المهر وظاهر التقييد انه لا تقبل فيه به ولكن في البزازية والظهيرية والخزانة ان فيه روايتين والاصح الجواز وتمامه في البحر فليطالع (اذا اخبره بها) اي فله ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره (من يثق به من عدلين او عدل وعدلتين) لانه اقل نصاب يفيد نوع العلم الذي يبتنى عليه الحكم في المعاملات قوله اذا اخبره يدل على ان لفظة الشهادة ليست بشرط في الكل واما الذي يشهد عند القاضي فلابد له من لفظها وشرطت في العناية لفظة الشهادة على ماقالوا والاكتفاء باخبار رجلين اورجل وامرأتين قولهما اما على قول الامام فلا تجوز الشهادة مالم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر (وفي الموت يكفي العدل ولو) كانت (انثى هو المختار) كما في الفتح وغيره لان الناس يكرهون تلك الحالة فلا يحضره غالبا الا واحد عدل اوواحدة عدلة وفي التبيين انه لابد من خبر عدلين في الكل الا في الموت وصحح في الظهيرية ان الموت كغيره وانما تشترط العدالة في المخبر في غير المتواتر اما في المتواتر فلا يشترط العدالة ولا لفظ الشهادة كما في الخلاصة وفي البحر وغيره وفي الموت مسئلة عجيبة هي اذا لم يعاين الموت الا واحد واوشهد عند القاضي لايقضي بشهادته وحده ماذا يصنع قالوا يخبر بذلك عدلا مثله واذا سمع منه حل له ان يشهد على موته فيشهد هو مع ذلك الشاهد فيقضي بشهادتهما (ويشهد من رأى جالسا بمجلس القضاء) حال كون الجالس (يدخل عليه الخصوم انه قاض) اي يحل ان يشهد الرائي على ان ذلك الجالس قاض وان لم يعاين تقليد الامام اياه لان ذلك علامة ظاهرة له (و) يشهد (من رأى رجلا وامرأة يسكنان معا) في بيت (وبينهما انبساط الازواج انها زوجته) اي حل له ان يشهد بذلك وان لم يعاين عقد النكاح وظاهره الاكتفاء بالرؤية لكن ذكر غيره انه لابد من الاخبار بانها زوجته كما في التبيين (و) يشهد (من رأى شيئا سوى الادمي في يد متصرف) عرف بوجهه واسمه ونسبه (فيه تصرف الملاك انه) اي ذلك الشيء (له) اي للمتصرف (ان وقع في قلبه) اي قلب الرائي (ذلك) اي كونه له وان لم يعاين اسباب الملك لان اليد اقصى مايستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفي بها وفي البحر قوله ان وقع في قلبه ذلك رواية عن ابي يوسف قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية وفي الفتح قال الصدر الشهيد وبه نأخذ فهو وقولهم جميعا انتهى ومن ثم قيده بوقوعه في القلب فلو رأى درة في يد كناس اوكتابا في يد جاهل لايشهد بالملك له بمجرد يده كما في البزازية (والادمي) اي لو رأى شيئا وهو ادمي (ان علم رقه اوكان صغيرا لايعبر عن نفسه) اي لايكون مميزا (فكذلك) يعني يحل للرائي في يد متصرف فيه تصرف الملاك ان يشهد بالملك لذي اليد لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وكذلك الصغير الذي لايعبر عن نفسه لايد له فثبت يد المولى عليه حقيقة فصار كالمتاع وان كان كبيرا اوصغيرا يعبر عن نفسه ولم يعلم رقه لا يحل للرائي ان يشهد بالملك لذي اليد لان لهما يدا على نفسهما تدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن الامام انه يحل له ان يشهد

فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وانما يشهد بالملك لذى اليد بشرط ان لايخبره عدلان بانه لغيره فلو اخبراه لم تجز له الشهادة بالملك له كما فى الخلاصة وفى البحر ان القاضى اذا رأى عينا فى يد رجل فانه يجوز له القضاء بالملك له كما فى البزازية وغيرها وبه ظهر ان قول الزيلعى فى تقرير ان الشاهد اذا فسر القاضى انه عن سماع او معاينة يد لم يقبله لان القاضى لايجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه فى يد انسان سهو انتهى وفيه كلام لان مراد الزيلعى ان القاضى لايقضى به قضاء محكما مبرما بحيث لو ادعى الخصم لايقبل منه بدليل انه صرح قبيل هذا بانه يقضى به قضاء ترك بمعنى انه يترك فى يد ذى اليد مادام خصمه لاحجة له كما ذكره المقدسى تدبر (ولو فسر) الشاهد (للقاضى انه شهد بالتسامع) فى موضع يجوز فيه ان يشهد بالتسامع بان يقول انى اشهد على هذا بالاستماع (او بمعاينة اليد) بان يقول اشهد به لانى رأيته فى يده (لايقبلها) اى لايقبل القاضى شهادته الا فى الوقف والموت فتقبل لو فسر للقاضى انه اخبره من يثق به على الاصح قال يعقوب باشا وذكر فى بعض الشروح ان الشهادة فى الوقف تقبل وان فسرها وفى النسب والنكاح ايضا وان فسرها فى الاصح وفى الموت ان كان مشهورا وان فسرها بانه سمعه وان لم يعاين انتهى لكن اذا اسنداه الى من يوثق به كما فى البحر وفى الزاهدى شهدا فى الصحيح بالشهرة وقالا لم نعاين ولكن اشتهر عندنا تقبل (ومن شهد انه حضر دفن زيدا وصلى عليه قبلت) شهادته بالاتفاق (وهو) اى حضور دفن زيد او صلوته عليه (عيان) للموت حكما حتى لو فسر للقاضى قبل لانه لم يشهد الا بعلم فوجب قبولها

﴿باب من تقبل شهادته ومن لاتقبل﴾

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لاتسمع شرع فى بيان من تسمع منه الشهادة ومن لاتسمع وقدم ذلك على هذا لانه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط كما فى العناية لكن المشروط هو الشهادة لا من تسمع منه الشهادة تأمل وفى البحر يقال قبلت القول حملته على الصدق كذا فى المصباح والمراد من يجب قبول شهادته على القاضى ومن لايجب لا من يصح قبولها ومن لايصح لان من جملة ما ذكره ممن لاتقبل شهادة الفاسق وهو لو قضى بشهادته صح بخلاف العبد والصبى والزوجة والولد والاصل لكن فى خزانة المفتين اذا قضى بشهادة الاعمى او المحدود فى القذف اذا تاب او بشهادة احد الزوجين مع آخر لصاحبه او بشهادة الوالد لولده او عكسه حتى لايجوز للثانى ابطاله وان رأى ابطاله انتهى فالمراد من عدم القبول عدم حله انتهى (لاتقبل شهادة الاعمى) عند الطرفين سواء كان فيما يسمع اولا لان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولايميز الاعمى الا بالنغمة وهى غير معتبرة لشبهها بنغمة اخرى وقال زفر وهو رواية عن الامام تقبل فيما يجرى فيه التسامع لانه فى السماع كالبصير وفى البحر واختاره فى الخلاصة وعزاه الى النصاب جازما به من غير حكاية خلاف انتهى لكن لم يذكر فى الخلاصة انه مختار واعا قال وفى النصاب وشهادة الاعمى لاتجوز الا فى النسب والموت ولاتجوز الشهادة فيه بالشهرة والتسامع فكان ينبغى ان يقول وجزم به فى النصاب من غير ذكر خلاف كما ذكره المقدسى (خلافا لابى يوسف) والشافعى فى الدين والعقار (فيما اذا تحملها بصيرا) وانما قيدنا بالدين والعقار لان فى المنقول لاتقبل شهادته اتفاقا لانه يحتاج الى الاشارة والدين يعرف ببيان الجنس والوصف والعقار بالتحديد وكذا فى الحدود لاتقبل اتفاقا قيد بقوله ان تحملها بصيرا لانه ان تحملها اعمى لاتقبل اتفاقا كما فى شرح المجمع وغيره لكن المراد اتفاق غير مالك والا فعنده مقبولة قياسا على قبول روايته تدبر وفى الهداية ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء عند الطرفين لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت وعند ابى يوسف لايمتنع القضاء لانه لا اثر فى نفس قضاء القاضى للعمى العارض

للشاهد بعد اداء شهادته فيكون الاداء عنده حجة (ولا) تقبل (شهادة المملوك) سواء كان قنا اومدبرا اومكاتبا اوام ولد اومعتق البعض (والصبي) لان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لهما (الا ان تحملا) اى الشهادة (حال الرق والصغر واديا بعد العتق والبلوغ) لانهما اهل للتحمل لان التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الاداء بالضبط وهما لاينافيان ذلك وهما اهل عند الاداء واشار الى ان الكافر اذا تحملها على مسلم ثم اسلم فاداها تقبل وكذا الزوج اذا تحملها لامرأته فابانها ثم شهد لها وفي الخلاصة ومتى ردت الشهادة لعلة ثم زالت العلة فشهد في تلك الحادثة لاتقبل الا في اربعة العبد والكافر على مسلم والاعمى والصبي وفي النصاب اذا شهد المولى لعبده فردت ثم شهد بعد العتق لاتقبل والمراد من الصغر ان يكون صاحب تميز لان مطلق الصغر ليس باهل لتحمل الشهادة فعلى هذا لو قال والتميز مكان الصغر كما في التنوير لكان اولى وفيما قاله يعقوب باشا من انه لايجوز للقاضي ان يقبل شهادة المملوك ويحكم به وان حكم لايصح لانه غير مجتهد فيه فيه كلام لان صاحب الكافي قال ورد شهادة المملوك والصبي خلافا لمالك فيهما فيكونان مجتهدا فيهما تدبر (ولا) تقبل (شهادة المحدود في قذف) اى لقذفه (وان) وصلية (تاب) عندنا لقوله تعالى ولاتقبلوا لهم شهادة ابدا وقوله تعالى الا الذين تابوا استثناء منفصل لان قوله تعالى اولئك هم الفاسقون كلام مبتدأ ليس من جنس الاول اذ هو اخبار وماقبله امر ونهي فلايمكن اثبات الشركة بينهما في المعنى فاذا صار منقطعا عن الاول لاينصرف الاستثناء المذكور الى ماقبله وفي البحر والاوجه انه متصل وتمامه في الفتح فليراجع ولان رد شهادته من تمام حده وفيه اشارة الى ان الشهادة قبل الحد تقبل وفي المبسوط لاتسقط شهادة القاذف مالم يضرب تمام الحد وعن الامام سقوطها بضرب الاكثر وعنه ايضا سقوطها بضرب واحد وعند الائمة الثلاثة تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا اذ الاستثناء متى يعقب كلمات معطوفات ينصرف الى جميع ماتقدم ولان الموجب لرد شهادته فسقه وقد ارتفع بالتوبة لكن رد الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام اربعة بعد ما حد على انه زنى تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لانه لو اقامها قبله لم يحد فكذا لاترد شهادته كما في التبيين فعلى هذا لو قيد بقوله ان لم يقم بينة على صدق مقالته لكان اولى تدبر (الا ان حد كافرا ثم اسلم) فتقبل على الكافر وعلى اهل الاسلام ضرورة لان هذه الشهادة شهادة اخرى حدثت بعد الاسلام ولم يلحقها رد بسبب الحد بخلاف العبد اذا حد ثم عتق حيث لاتقبل شهادته لانه للعبد اصلا في حال رقه فيتوقف الرد على حدوثها فاذا حدث كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده (و) لاتقبل (الشهادة لاصله وان) وصلية (علا) سواء كان الجد صحيحا اوفاسدا (وفرعه وان سفل) لقوله عليه الصلاة والسلام لاتقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولان المنافع بينهما على وجه الاتصال فلايخلو من تمكن التهمة ولهذا تقبل على اصله وفرعه الا اذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه فانها لاتقبل اطلق الفرع فشمل الولد من وجه فلا تقبل شهادة ولد الملاعن لاصوله او هو له اولفروعه لثبوته من وجه وتقبل شهادة الوالد من الرضاع له وتجوز شهادة الرجل لام زوجته وابيها اولزوج ابنته ولامرأة ابنه (وعبده) اى ولاتقبل شهادة المولى لعبده سواء كان للعبد دين او لم يكن لقوله عليه السلام لاتقبل شهادة المولى لعبده ولانه شهادة من نفسه من وجه (ومكاتبه) لكونه عبدا رقبة (و) لاتقبل (من احد الزوجين للاخر) لقوله عليه السلام لاتقبل شهادة المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته وقال الشافعي تجوز بلا فرق وفي الخانية ان شهد الرجل لامرأة ثم تزوجها بطلت شهادته ولو شهد لامرأته وهو عدل ولم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائنا وانقضت عدتها روى ابن شجاع ان القاضي ينفذ شهادته وبه علم ان الزوجية انما تمنع منها وقت القضاء لاوقت الاداء ولاوقت التحمل كما في البحر وفي كلام الخانية اشارة الى ان القاضي لاينفذ شهادته في العدة لما في القنية طلقها ثلاثا وهي في العدة لاتجوز شهادته لها ولا شهادتها له انتهى فعلى هذا لو قيده بقوله ولو في عدة

من ثلاث لكان اولى ندبر (و) لا تقبل شهادة (الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه مدع لنفسه فلو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (ولا) تقبل شهادة (المخنث الذي يفعل الردى) لارتكابه المعصية والمراد من المخنث هو الذي يتشبه النساء باختياره في الاقوال والافعال واما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر خلقة فهو مقبول الشهادة وفي البحر المخنث بكسر النون وفتحها فان كان الاول فهو بمعنى المتكسر في اعضائه المتلين في كلامه تشبها بالنساء وان كان الثاني فهو الذي يعمل به اللواطة (و) لا شهادة (النائحة) في مصيبة غيرها ولو بلا اجر (والمغنية) لارتكابهما الحرام فانه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قيدنا بمصيبة غيرها لانها لو ناحت في مصيبتها تقبل وكذا المراد بالتغني بين الناس فمجرد التغني لم يسقط العدالة كما في القهستاني (و) لا تقبل شهادة (العدو بسبب دنياه على من اعداه) لان العداوة لاجل الدنيا حرام فيظهر بالشهادة عليه عداوته اما اذا شهد لمنفعته قبلت لعدم ظهور فسقه من عداوته فيحمل على تركها وفي القنية ان العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها او يجلب بها منفعة او يدفع بها عن نفسه مضرة وما في الواقعات وغيرها اختيار المتأخرين واما الرواية المنصوصة فبخلافها فانه اذا كان عدلا تقبل شهادته وهو الصحيح وعليه الاعتماد وتمامه في البحر فليطالع (ومدمن الشرب على اللهو) سواء شرب الخمر او المسكر من المحرمات اذ بالادمان والاعلان يظهر فسقه هذا اذا شرب على اللهو اما اذا شرب للتداوي فلا يسقط العدالة لكون الحرمة مختلفا فيها وفي اكثر المعتبرات قالوا انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه عند الناس لان من اتهم بشرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وان كان كبيرة وانما تبطل اذا ظهر ذلك او خرج سكران فيسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب فينبغي ان لا يكون المراد من الادمان الادمان في النية بان يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجد كما في النهاية لانه لا يظهر الشرب منه كما لا يخفى وقيل المراد من مد من الشرب على اللهو غير شارب الخمر لان شاربها مردود الشهادة ولو قطرة فلا حاجة لابطال شهادته الى الادمان ولا الى شربها على اللهو وقال الصدر الشهيد ان الخصاف يسقط العدالة بشرب الخمر من غير ادمان ومحمد شرط الادمان لسقوطها وهو الصحيح وتمام التحقيق في البحر فليطالع (ومن يلعب بالطيور) لشدة غفلته واصراره على نوع لهو ولانه غالبا ينظر الى العورات في السطوح وغيرها وهو فسق فاما اذا امسك الحمام للاستيناس ولا يطيرها فلا تزول عدالته لان امساكها في البيوت مباح (او) يلعب (بالطنبور) لكونه من اللهو والمراد من الطنبور كل لهو يكون شنيعا بين الناس احتراز عما لم يكن شنيعا كضرب القضيب لانه لا يمنع قبولها الا ان يتفاحش بان يرقصوا به فيدخل في حد الكبائر (او يغني للناس) لانه يجمع الناس على الكبيرة كما في الهداية وظاهره ان الغناء كبيرة وان لم يكن للناس بل لاسماع نفسه للوحشة وهو قول شيخ الاسلام فانه قال بعموم المنع والامام السرخسي انما منع ما كان على سبيل اللهو ومنهم من جوزه لاسماع نفسه دفعا للوحشة وهو الصحيح كما في اكثر المعتبرات ومنهم من جوزه في عرس او وليمة ومنهم من جوزه ليستفيد به نظم القوافي وفصاحة اللسان ومنهم من كرهه مطلقا ومنهم من اباحه مطلقا (او يلعب بالنرد) من غير شرط المقامرة او تفويت الصلوة (او يقامر بالشطرنج او تفوته الصلوة بسببه) اي بسبب الشطرنج لظهور الفسق بترك الصلوة وكذا بالمقامرة اما بدونهما لا يمنع العدالة لان للاجتهاد فيه مساغا لقول مالك والشافعي باباحته وهو مروي عن ابي يوسف واختارها ابن الشحنة اذا كان لاحضار الذهن واختار ابو زيد حله وفي النوازل سئل ابو القاسم عن من ينظر الى لاعبه من غير لعب ايجوز فقال لن يصير فاسقا وقد سوى بين النرد والشطرنج في الكنز فقال او يقامر بالنرد والشطرنج وليس كذلك والحاصل ان العدالة انما تسقط

اذا وجدوا احدا من خمسة القمار وفوت الصلوة بسببه واكثار الحلف عليه واللعب به على الطريق او يذكر عليه فسقا والا فلا بخلاف النرد فانه مسقط مطلقا كما فى البحر وانما لم يذكر الثلاثة الاخيرة لانها معلومة فلا تساهل فى تركها (او يرتكب ما يوجب الحد) اى يأتى نوعا من الكبائر الموجبة للحد او جود تعاطيه بخلاف اعتقاده وذا دليل قلة ديانته فلعله يجترئ على الشهادة زورا كما فى الكافى وفى الدرر هذا مخالف لما نقلناه عنه فى شرب الخمر سرا لكن التوفيق بينهما ان المراد بارتكاب ما يحد به ليس ارتكاب ما من شانه ان يحد به بل ارتكاب ما يحد به بالفعل ولا يكون ذلك الا باظهاره واطلاع الشهود عليه وفى البحر الاعانة على المعاصى والحث عليها كبيرة (ولا تقبل) شهادة (بايع الاكفان) وقيده السرخسى بما اذا ترصد لذلك العمل والا فتقبل لعدم تمنيه الموت والطاعون ولا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون بخلاف الواقع والصحيح قبولها اذا غلب عليهم الصلاح ولا تقبل شهادة الطفيلى وارقاص والمجازف فى كلامه والمسخرة بلا خلاف ولا تقبل شهادة من يشتم اهله ومماليكه كثيرا الا احيانا وكذا الشتام للحيوان ولا تقبل شهادة البخيل والذى اخر الفرض بعد وجوبه ان كان له وقت معين كالصلاة والصوم ولا تجوز شهادة تارك الجماعة الا بتأويل ولا تارك الصلاة وكذا تارك الجمعة بغير عذر ولا تقبل شهادة اهل السجن بعضهم على بعض وذكر ابن وهبان لا تقبل شهادة الاشراف من اهل العراق لانهم قوم يتعصبون وفى البحر فعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته انتهى فينبغى ان لا تقبل فى زماننا شهادة العلماء بعضهم على بعض لانهم متعصبون (او يأكل الربوا) لانه من الكبائر اى يأخذ القدر الزائد والمراد بالاكل الاخذ وشرط فى المبسوط ان يكون مشهورا باكل الربوا لان التجار قلما يتخلصون عن الاسباب المفسدة للعقد وكل ذلك ربوا فلا بد من الاشتهار كما فى الدرر (او يدخل الحمام بلا ازار) لان كشف العورة حرام ومع ذلك يدل على عدم المبالاة (او يفعل ما يستخف به كالبول والاكل على الطريق) لانه تارك المروة وكذا كل من يأكل غير السوقى فى السوق بين الناس والمراد بالبول على الطريق اذا كان بحيث يراه الناس وكذا غيرهما فى المباحات القادحة فى المروة كصحبة الاراذل والاستخفاف بالناس وافراط المزاح والحرف الدنية من نحو الدباغة والحياكة والحجامة بلا ضرورة كما فى القهستانى لكن فى البحر الصحيح القبول اذا كانوا عدولا ومثله النخاسون والدلالون (او يظهر سب واحد من السلف) وهم الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله تعالى عليهم اجمعين لان هذه الافعال تدل على قصور عقله ومروته ومن لم يمتنع عنها لا يمتنع عن الكذب كما فى الدرر وزاد فى الفتح العلماء ولو قال او يظهر سب مسلم لكان اولى لان العدالة تسقط بسب مسلم بان لم يكن من السلف كما فى النهاية وغيرها قيد بالاظهار لانه لو كتمه تقبل كما فى الهداية (وتقبل الشهادة لاخيه وعمه) ولسائر الاقارب غير الولاد (ومحرمه رضاعا او مصاهرة) كام امرأته وزوج بنته وامرأة ابيه وابنه لان الاملاك ومنافعها متميزة بينهم ولا بسوطة لبعضهم فى مال البعض فلا يتحقق التهمة (و) تقبل (شهادة اهل الاهواء) مطلقا سواء كان على اهل السنة او بعضهم على بعض او على الكفرة اذا لم يكن اعتقادهم مؤديا الى الكفر كما فى الذخيرة وهم اهل القبلة الذين معتقدهم غير معتقد اهل السنة فى بعض الامور كالجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة وكل منهم اثنا عشر فرقة على ما هو المذكور فى الكتب الكلامية وقال الشافعى لا تقبل شهادة كلها لاشتداد فسقهم ولنا ان فسقهم كان من حيث الاعتقاد ولم يوقعهم فى هذا الهوى الا تدينهم فصار كمن يشرب المثلث او يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطى (الا الخطابية) هم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن التهمة فى شهادتهم فلا تقبل (و) تقبل شهادة (الذمى على مثله) اى على ذمى آخر (وان) وصلية

(اختلفا ملة) كاليهود والنصارى اذ الكفر ملة واحدة وقال ابن ابى ليلى لا تقبل ان تخالفا اعتقادا وفى الغرر وتقبل من كافر على عبد كافر مولاه مسلم او على حر كافر موكله مسلم بلا عكس (و) تقبل شهادة الذمى (على المستأمن) لان الذمى اعلى حالا منه لكونه من اهل دارنا ولهذا يقتل المسلم بالذمى لا بالمستأمن (دون عكسه) اى لاتقبل شهادة المستأمن على الذمى لقصور ولايته عليه لكونه ادنى حالا منه (و) تقبل شهادة (المستأمن على مثله ان كانا من دار واحدة) حتى لو كانا من اهل دارين كالروم والترك لاتقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لايجرى التوارث بينهما وقال الشافعى ومالك لاتقبل شهادة اهل ملة على اهل ملة اخرى (و) تقبل شهادة (عدو بسبب الدين) اى بامر دينى لانه لايكذب لدينه كاهل الاهواء هذا تصريح بما علم ضمنا لانه يفهم من قوله ولا تقبل شهادة العدو بسبب الدنيا (و) تقبل شهادة (من الم بصغيرة) اى ارتكب صغيرة بلا اصرار عليها (ان اجتنب الكبائر) اى كل فرد من افراد الكبائر كما فى اكثر الكتب لكن فى القهستانى نقلا عن الخلاصة المختار اجتناب الاصرار على الكبائر فلو ارتكب كبيرة مرات قبل شهادته واختلفوا فى الكبيرة والاصح انه ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين (وغلب صوابه على خطائه) اى كثرت حسناته بالنسبة الى سيئاته ممن اجتنب الكبائر وفى الاختيار ولابد ان يكون صلاحه اكثر من فساده معتادا للصدق مجتنبا عن الكذب صحيح المعاملة فى الدينار والدرهم مؤديا للامانة قليل اللهو والهذيان قال عمر رضى الله تعالى عنه لا تغرنكم طنطنة الرجل فى صلاته انظروا الى حاله عند درهم ودينار اما الالمام بمعصية لايمنع قبول الشهادة لما فى اعتبار ذلك من سد باب الشهادة انتهى (و) تقبل شهادة (الاقلف) لاطلاق النصوص عن قيد الختان لكونه سنة عندنا اطلقه تبعا لما فى الكنز لكن قيده قاضيخان وغيره بان يتركه لعذر كالكبر وخوف الهلاك اما اذا تركه على وجه الاعراض عن السنة او الاستخفاف بالدين فلا تقبل فالامام لم يقدر بوقت وغيره من وقت الولادة الى عشر سنين وقيل الى اثنا عشر (و) تقبل شهادة (الخصى) فان عمر رضى الله تعالى عنه قبل شهادة علقمة الخصى ولانه قطع منه عضو ظلما كما لو قطعت يده ظلما وكذا الاقطع اذا كان عدلا لما روى ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم قطع يد رجل فى سرقة ثم كان بعد ذلك يشهد فتقبل شهادته كما فى المنح (وولد الزنا) لان فسق الابوين لايوجب فسق الولد خلافا لمالك (والخنثى) ان لم يكن مشكلا وان كان مشكلا يجعل امرأة فى حق الشهادة احتياطا وينبغى ان لاتقبل فى الحدود والقصاص كالنساء (والعمال) والمراد بهم عمال السلطان الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند الجمهور ولان نفس العمل ليس بفسق فتقبل الا اذا كانوا اعوانا على الظلم فلا تقبل كما فى البحر وقيل العامل اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة لايجازف فى كلامه تقبل والحاصل انهم ان كانوا عدولا تقبل والا فلا وقيل اراد بالعمال الذين يعملون ويؤاجرون انفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة اهل الصناعات الخسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وفى البحر وذكر الصدر ان شهادة الرئيس لاتقبل وكذا الجابى والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى فى بلادنا شيخ البلد ومثله المعرفون فى المراكب والعرفاء فى جميع الاصناف وضمان الجهات فى بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم كما فى الفتح (و) تقبل شهادة (المعتق) بفتح التاء (لمعتقه) وعكسه لانه لاتهمة وقد قبل شريح شهادة قنبر وهو جد سيبويه لعلى رضى الله تعالى عنه وكان عتيقه وفيه اشعار بان العتيق لو كان متهما لم تقبل ولذا قال فى الخلاصة ولو شهد العبد ان بعد العتق على الثمن كذا عند اختلاف البائع والمشترى لاتقبل لانهما يجران لانفسهما نفعا باثبات العتق لانه لولا شهادتهما لتخالفا وفسخ البيع المقتضى لابطال العتق وفى المنح لايعارض ما فى الخلاصة لو اشترى غلامين واعتقهما فشهد المولاهما

على انه قد استوفى الثمن جازت شهادتهما لانهما لايجران بها نفعا ولا يدفعان مغرما وشهادتهما بان البايع ابرأ المشترى من الثمن كشهادتهما بالايفاء كما فى الخانية (والمعتبر حال الشاهد وقت الاداء لا) وقت (التحمل) كما بيناه (ولو شهدا) اى ابناء الميت (ان اباهما اوصى الى زيد) اى جعله وصيا (وزيد يدعيه) اى الايصاء قال المولى سعدى والمراد من قوله والوصى يدعى اى الوصى يرضى انتهى لكن الدعوى يستلزم الرضاء بطريق ذكر الملزوم وارادة اللازم تدبر (قبلت) شهادتهما (وان انكر) ذلك الوصى (فلا) اى لاتقبل شهادتهما لان القاضى لايملك اجبار احد على قبول الوصية (ولو شهدا ان اباهما الغائب وكله) اى زيدا بقبض دينه او وكله بالخصومة (لاتقبل وان) وصلية (ادعاه) لان القاضى لايملك نصب الوكيل عن الغائب بتعيينهما فشهادتهما تصير لنفعهما اذ يمكن ان تواضعا مع الوكيل على اخذ المال فلاتقبل للتهمة بخلاف مسئلة الوصية لان القاضى يملك نصب الوصى عند الطلب والحاجة فبشهادتهما اولى وهذا استحسان والقياس يمنع الجواز لانهما قصدا من يقوم باحياء حقوقهما فلاتقبل للتهمة والظاهر ان الضمير فى قوله وان ادعاه يرجع الى الوكالة اى وان ادعى الوكيل الوكالة فعلى هذا لو قال وان ادعاها بالتأنيث لكان اظهر (ولو شهد ابنا ميت) اى لو شهد غريمان لهما على الميت دين (انه) اى الميت (اوصى الى زيد) اى جعله وصيا (وهو) اى زيد (يدعيه) اى الايصاء (قبلت) بشهادتهما كما اذا شهدا بدين على الميت لرجلين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت تقبل شهادتهما عند الطرفين لان كل فريق يشهد بالدين فى الذمة ولا شركة له فى ذلك وانما تثبت الشركة فى المقبوض بعد القبض وقال ابو يوسف لاتقبل لان احد الفريقين اذا قبض شيئا من التركة بدينه بشركة الفريق آخر فصار كل شاهدا لنفسه كما فى المنح (وكذا لو شهد مديوناه) اى لو شهد مديونا ميت ان الميت اوصى الى زيد وهو يدعيه قبلت شهادتهما استحسانا والقياس يمنع الجواز فى الصورتين لان الداينين قصدا من يؤدى حقهما والمديونين قصدا البرأة بالدفع اليه فلاتقبل للتهمة (او) شهد (من اوصى لهما) بان الميت قد اوصى الى زيد وهو يدعيه (او) شهد (وصياه) بان الميت قد اوصى الى زيد وهو يدعيه قبلت استحسانا والقياس يمنع الجواز فى الصورتين لانهما ارادا نصب من يوصل حقهما فى الاولى ونصب من يعينهما على التصرف فى مال الميت فى الثانية فالنفع يرجع اليهما فلاتقبل لايقال بان الميت اذا كان له وصيان فالقاضى لايحتاج الى نصب آخر لانه يملكه لاقرارهما بالعجز عن القيام بامور الميت بخلاف ما اذا كان الوصى جاحدا فى جميع هذه الصور لان القاضى لايملك اجبار احد على قبول الوصاية كما مر آنفا ولابد من كون الموت معروفا فى الكل اى ظاهرا الا فى مسئلة الغريمين للميت عليهما دين فانهما تقبل وان لم يكن الموت معروفا وفى البحر ولو شهد الوصى بعد العزل للميت ان خاصم لاتقبل والا تقبل كما لو شهد الوكيل بعد عزله للموكل ان خاصم لاتقبل والا تقبل ثم قال نقلا عن البزازية واما شهادة الوصى بحق للميت على غيره بعد ما اخرجه القاضى عن الوصاية قبل الخصومة او بعدها لاتقبل وكذا لو شهد الوصى بحق للميت بعد ما ادركت الورثة لاتقبل ولو شهد الوصى لبعض الورثة على الميت اذا كان المشهود له صغيرا لايجوز اتفاقا وان بالغا فكذلك عنده وعندهما تجوز ولو شهد لكبير على اجنبى تقبل فى ظاهر الرواية ولو شهد للوارث الكبير والصغير فى غير ميراث لم تقبل ولو شهد الوصيان على اقرار الميت بشئ معين لوارث بالغ تقبل انتهى (ولا تقبل الشهادة) حال كونها مشتملة (على جرح مجرد) اى جارحة مجردة اى لم يترتب عليه ما يترتب على الجرح من دفع الخصومة عن المشهود عليه ولذا يقال له الجرح المجرد (وهو) اى الجرح المجرد (ما يفسق به) شاهد المدعى المعدل فان الحكم لم يجز قبل التعديل لاسيما اذا جرح وعند الشافعى تسمع ويحكم به وكذا نقل عن الخصاف (من غير ايجاب حق للشرع) كوجوب الحد (او للعبد) كوجوب المال

فلواوجبه تقبل (نحو) ان يشهدوا (هو) اى الشاهد (فاسق اوآكل ربوا اوانه استأجرهم) اوشارب خمر فى وقت اوزان فى وقت اوعلى اقرارهم انهم شهدوا بزور اوان المدعى مبطل فى هذه الدعوى اوانه لاشهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة وانما لم تقبل هذه الشهادات بعد التعديل لان العدالة بعد ما ثبتت لاترفع الابائبات حق الشرع او العبد وليس فى شئ مما ذكر اثبات واحد منهما بخلاف مااذاوجدت قبل التعديل فانها كافية فى الدفع ومن القواعد المقررة ان الدفع اسهل من الرفع وهوالسر فى كون الجرح المجرد مقبولا قبل التعديل ولومن واحد ولذا قيدنا بالعدل وغيرمقبول بعده بل يحتاج الى نصاب الشهادة واثبات حق الشرع اوالعبد كما فى الدرر فعلى هذا لوقال ولاتقبل الشهادة بعد التعديل كما فى الغرر لكان اولى (وتقبل) الشهادة (على اقرار المدعى (بفسقهم) اى بفسق شهوده لانهم ماظهروا الفاحشة بل حكوا عنه والاقرار مما يدخل تحت الحكم فهذه الشهادة ليست على جرح مجرد بخلاف الشهادة على اقرار الشهود مع انه لايدخل تحت الحكم لان فيه هتك الستر وبه يثبت الفسق فلا تقبل (و) تقبل (على انهم) اى الشهود (عبيد) اواحدهم عبد (او) انهم (محدودون فى قذف او) انهم (شاربوا خمر) الآن ولم يتقادم العهد اذ لوكان متقادما لاتقبل كامر وكذا تقبل على انهم سرقوا منى كذا اوزنوا النسوة بلاتقادم مالم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى (او) انهم (قذفة) لفلان وهو يدعيه فان الكل توجب حقا للشرع وهوالرق فى العبد والحد فى الباقى (او) انهم (شركاء المدعى) شركة مفاوضة والمدعى مال اوجود التهمة كما اذاشهد ولد المدعى اووالده (اوانه) اى المدعى (استأجرهم لها) اى للشهادة (بكذا واعطاهم ذلك) اى الاجر (مماعنده) اى من الشئ الذى عنده فيكون ماموصولة وفى بعض النسخ من مالى عنده اى من مالى الذى كان عنده لان المدعى عليه خصم فى ذلك فثبت الجرح بناء عليه (او) انهم على انى (صالحتهم بكذا) من المال (ودفعته) اى المال (اليهم) اى الى الشهود (على ان لايشهدوا على) بهذا الباطل (فشهدوا) فعليهم ان يردوا المال على لانهم اخصام فى ذلك (ومن شهد ولم يبرح) اى لم يزل عن مجلس القاضى (حتى قال اوهمت بعض شهادتى) منصوب على نزع الخافض اى فى بعض شهادتى (قبل ان كان عدلا) والمراد بالقبول قبول شهادته لاقبول قوله اوهمت لما فى الهداية فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اى اخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فان كان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه فى اوان المجلس وهو عدل بخلاف مااذاقام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعى بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولاكذلك اذا اختلف المجلس وعلى هذا اذا وقع الغلط فى بعض الحدود اوفى بعض النسب وهذا اذاكان موضع شبهة فامااذا لم يكن فلابأس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن الشيخين انه يقبل قوله فى غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ماذكرناه انتهى وفى الدرر اذا تذكر لفظا بعد ماشهد فى شهادته فذكره يقبل اذا لم يكن فيه مناقضة واطلق فى الجامع الصغير والمحيط انه اذا لم يبرح عن مكانه جاز ذلك اذا كان عدلا ولم يشترط عدم المناقضة وانه شرط حسن ذكره الزاهدى

﴿ باب الاختلاف فى الشهادة ﴾

تأخير الاختلاف فى الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما بعارض الجهل والكذب فاخره وضعا للتناسب كما فى العناية (شرط موافقة الشهادة الدعوى) لانها لوخالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لايعتبر وجودها والشرط توافقهما فى المعنى دون اللفظ حتى لوادعى المدعى الغصب فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل

كما في اكثر الكتب وما في الوقاية من انه شرط من موافقة الشهادة الدعوى كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى مخالف لما في اكثر الكتب تدبر ثم فرعه فقال (فلو ادعى دارا شراء اوارثا وشهدا) اى الشاهدان (بملك مطلق ردت) شهادتهما لانهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعى لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك فى المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق بزوائده ولا كذلك فى الملك الحادث ويرجع الباعة بعضهم الى بعض فيه فصار غيرين (وفى عكسه) اى ادعى ملكا مطلقا وشهدا بملك بسبب كالشراء اوالارث (تقبل) الشهادة لانهم شهدوا باقل مما ادعاه فلم تخالف شهادتهما الدعوى للمطابقة معنى (وكذا شرط اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى) لان القضاء لا يجوز الا بحجة وهى شهادة المثنى فالم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند الامام وقالا الاتفاق فى المعنى هو المعتبر لا غير والمراد بالاتفاق فى اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل بمائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلثة وآخر باربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضى باربعة لاتفاق الشاهدين الاخيرين فيها معنى ثم فرعه فقال (فلا تقبل) الشهادة (لو شهد احدهما بالف اومائة اوطلقة و) شهد (الآخر بالفين و بمائتين و بطلقتين او ثلاث) عند الامام لعدم الاتفاق لفظا ولان الدلالة على الاول بالتضمن غير معتبر الا يرى انه لو شهد احدهما بانه قال لامرأته انت خلية وشهد الاخر انه قال انت برية لا يثبت شئ وان اتفق المعنى كما لو ادعى غصبا اوقتلا فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به حيث لا تقبل وكذا فى كل قول جمع مع فعل لا تقبل كما لو ادعى عليه الفا فشهد احدهما انه دفع لهذا المدعى عليه الفا وشهد الآخر على اقرار المدعى عليه بها لا يجمع لان هذا قول وفعل وذكروا انه لا يجمع بين القول والفعل كما فى المنح (وعندهما) والائمة الثلاثة (تقبل على الاقل) اى على الف او المائة او الطلقة عند دعوى الاكثر لاتفاقهما على الاقل معنى غير قدح واو ادعى الاقل لا يثبت شئ عندهم لان المدعى مكذب لشاهد الاكثر وفى النهاية ان كانت المخالفة بينهما فى اللفظ دون المعنى تقبل كما لو شهد احدهما على الهبة والاخر على العطية لان اللفظ ليس بمقصود فى الشهادة بل المقصود ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة فى ذلك لا تضير المخالفة فيما سواها وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل ذكره فى المحيط ولم يحك فيه خلافا وفى البحر تفصيل فليطالع (ولو شهد احدهما بالف والآخر بالف ومائة والمدعى يدعى الاكثر) اى الفا ومائة (قبلت) شهادتهما (على الالف اتفاقا) لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى وقد انفرد احدهما بالف ومائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه قيد بدعوى الاكثر لانه لو ادعى الاقل بان قال لم يكن الا الالف اوسكت عن دعوى المائة الزائدة لا تقبل لظهور تكذيبه الشاهد فى الاكثر الا اذا ادعى التوفيق بان قال كان اصل حقى الفا ومائة لكن ابرأت المائة عنها اواستوفيت قبلت للتوفيق (وكذا مائة ومائة وعشرة) يعنى لو شهد احدهما بمائة والآخر بمائة وعشرة والمدعى الاكثر تقبل على مائة اتفاقا (و) كذا (طلقة وطلقة ونصف) اى شهد احدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف تقبل اتفاقا على طلقة ان ادعى الاكثر بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما عطف وفى البحر شهد احدهما على خمسة عشر والآخر على عشرة وخمسة والمدعى يدعى خمسة عشر ينبغى ان تقبل (ولو شهدا بالف او بقرض الف وقال احدهما) اى احد الشاهدين (قضى منها) اى من الالف (كذا) اى خمسمائة مثلا (قبلت) شهادتهما (على الالف) لاتفاقهما على وجوب الالف (لا) تقبلا (على القضاء) لانه شهادة فرد (مالم يشهد به) اى الا اذا شهد معه (اخر) وعن ابى يوسف انه يقضى بخمسمائة لان شاهد القضاء

مضمون شهادته ان لادين الاخمسمائة (وينبغى) اى يجب (لمن علمه) اى علم قضاء بعضه (ان لايشهد) بالف كلها (حتى يقر المدعى به) اى بماقبض كى لايكون معينا على الظلم (ولو شهدا بقتله) اى بقتل شخص (زيدا يوم النحر بمكة و) شهد (آخران بقتله) اى بقتل ذلك الشخص (اياه) اى زيدا (فيه) اى فى يوم النحر (بكوفة ردتا) بالاجماع لان احديهما كاذبة بيقين ولامجال للترجيح لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لايتكرر وكذا لو اختلفا فى الزمان او الالة اى قتل بهاردنا ايضا قد يكون المشهود به القتل لانهم لو شهدوا على اقرار القاتل بذلك فى وقتين او مكانين تقبل كما فى البحر (فان قضى باحدهما) اى باحد الشهادتين (اولا بطلت) الشهادة (الاخيرة) بالاجماع لان الاولى ترجحت على الاخرى باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية (ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا) اى الشاهدان (فى لونها) اى فى لون البقرة اطلق اللون فشمل جميع الالوان وهو الصحيح اى قال احدهما حمراء والآخر صفراء او قال احدهما سوداء والآخر بيضاء (قطع) اى قبلت شهادتهما وقطعت يد السارق عند الامام لانهما اختلفا فيما ليس فى صلب الشهادة ولذا لو سكتا عن ذكر اللون تقبل شهادتهما مع ان التوفيق ممكن بين اللونين لان السرقة تكون فى الليالى غالبا ويكون التحمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان او يجتمعان بان يكون السواد من جانب فاحدهما يراه والبياض من جانب والآخر يراه وفى الاصلاح ويرد عليه انه احتيال فى ايجاب الحد والاصل خلاف ذلك وماقيل فى دفعه انه صيانة للحجة عن التعطيل وانما يجب الحد ضرورة ضعيف كما لايخفى ولو قيل يثبت المال لامكان التوفيق ويسقط الحد لمكان الشبهة لكان اوفق للاصول واقرب الى العقود (وان اختلفا فى الذكورة والانوثة) اى قال احدهما سرق ذكرا والاخر قال انثى لايقطع اتفاقا لعدم تطابق الشاهدين فى المعنى لاختلافهما فى جنسين متباينين (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (لايقطع فيهما) اى فيما اختلفا فى لونها وفيما اختلفا فى الذكورة والانوثة لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين ولم يتم على واحد نصاب الشهادة فصار كالاختلاف فى الذكورة والانوثة قيل هذا الاختلاف فيما اذا ادعى سرقة بقرة فقط من غير تقييد بوصف فاذا ادعى سرقة بقرة سوداء او بيضاء فاختلف الشاهدان لاتقبل اجماعا كما لاتقبل عند اختلافهما فى المروى والهروى فى سرقة الثوب لان المدعى كذب احدهما (وفى الغصب) يعنى لو شهدا بغصب بقرة واختلفا فى لونها (لاتقبل اتفاقا) لان التحمل فيه بالنهار غالبا على قرب منه فلا يشتبه عليهما وفى التنوير وفى العين تقبل (ولو شهد واحد بالشراء او الكتابة بالف) متعلق بهما (و) شهد (الآخر) بالشراء او الكتابة (بالف ومائة ردت) شهادتهما لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف ومائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولافرق بين ان يكون المدعى هو البايع او المشترى وبين ان يدعى اقل المالين او اكثرهما كما سيجئ وكذا لو اختلفا فى مقدار بدل الكتابة لاتقبل شهادتهما لما قررناه (وكذا العتق على مال والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى العبد) فى الصورة الاولى (والقاتل) فى الثانية (والراهن) فى الثالثة (والمرأة) الرابعة لان هؤلاء لايقصدون اثبات المال بل اثبات العقد وهو مختلف فلا تقبل (وان ادعى الآخر) اى المولى فى العتق على مال وولى المقتول فى الصلح عن قود والمرتهن فى الرهن والزوج فى الخلع بان يدعى مولى العبد انى اعتقتك على الف ومائة وقال العبد على الف او ادعى ولى القصاص صالحتك على الف ومائة وقال القاتل على الف وكذا الباقيان (كان كدعوى الدين) فيما ذكر من الوجوه من انها تقبل على الف اذا ادعى الفا ومائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لاتقبل عنده خلافا لهما وان ادعى الاقل من المالين تعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه ثبت العفو

والعتق والطلاق صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين ومائة وفى الرهن اذا كان المدعى
هو الراهن لاتقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير
مفيدة فكانت كأن لم تكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين اجماعا وفى العناية
والدرر كلام فليطالع (والاجارة كالبيع عند اول المدة) يعنى اذا كانت الدعوى فى الاجارة فى اول
المدة قبل استيفاء المعقود عليه واختلف الشاهدان لاتقبل كما لا تقبل عند الاختلاف فى البيع
للحاجة الى اثبات العقد سواء ادعى الموجر او المستأجر وسواء كانت الدعوى باقل المالين او اكثرهما
(وكالدين بعدها) اى بعد المدة فثبت ما اتفق عليه الشاهدان وهو الاقل ما اذا كان المدعى هو
الاجر فانه لاحاجة حينئذ الى اثبات العقد واما ان كان المستأجر فلان ذلك منه اعتراف بمال
الاجارة فيجب عليه ما اعترف به من غير حاجة الى اتفاق الشاهدين او اختلافهما وهذا ان ادعى
الاكثر وان اقل لاتقبل شهادة من شهد بالاكثر لان المدعى يكذبه وفى بعض الشروح
فان كان الدعوى من المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع وهو فى معنى الاول لان الدعوى اذا
كانت فى العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه كما فى العناية (وفى النكاح تقبل) الشهادة
(بالالف) اذا اختلف الشاهدان فى قدر المهر بان شهد احدهما بالنكاح بالالف والاخر بالف ومائة
عند الامام (استحسانا) لان المال فى النكاح تابع ومن حكم التابع ان لايغير الاصل ولذا لايبطل
بنفسه ولايفسد بفساده وكذا لايختلف باختلافه اذا اتفقا على الاصل وهو الملك والحل فيلزم
القضاء به فيبقى المهر مالا منفردا وقضى باقل المالين (ولافرق فيه بين دعوى الاقل او الاكثر)
وهو الصحيح وبين كون الدعوى من الزوج او الزوجة وهو الاصح لان المنظور اليه هو النكاح
وهو لايختلف باختلاف المهر لكونه غير مقصود فلزوم اكذاب شاهد الاكثر عند دعوى الاقل
لايضر فى ثبوت النكاح وقيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية فان كان المدعى هو الزوج
لاتقبل اجماعا (وقالا) وهو قول الائمة الثلاثة (ردت) الشهادة (فيه) اى فى النكاح (ايضا)
اى كما فى البيع ولايقضى بشئ لان المقصود من الجانبين اثبات السبب اذ النكاح بالف غير النكاح
بالف ومائة وذكر فى الامالى قول ابى يوسف مع قول الامام فالعمل بالاستحسان اولى وفى الشمنى
وغيره ولو اختلف الشاهدان فى الزمان والمكان فى البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة
والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل ولو اختلفا فى الجناية
والغصب والقتل والنكاح لاتقبل وفى البحر تفصيل فليراجع (ولابد من الجر فى شهادة الارث)
يعنى اذا ادعى الوارث عينا فى يد انسان انها ميراث ابيه وشهدا ان هذه كانت لابيه لايقضى له حتى
يجر الميراث حقيقة (بان يقول الشاهد مات وتركه ميراثا للمدعى) او حكما كما اشار اليه بقوله (اومات)
وهذا ملكه (او فى يده) وتصرفه اما ان قال انه كان لابنه لاتقبل شهادته لعدم الجر حقيقة وحكما
هذا عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه قال تقبل شهادته بلا جر لان ملك المورث ملك الوارث
لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به
للوارث ولهما ان ملك الوارث يتجدد فى الاعيان وان لم يتجدد فى حق الديون ولهذا يجب الاستبراء
على الوارث فى الجارية الموروثة ويحل للوارث الغنى لما كان صدقة على المورث الفقير والتجدد يحتاج
الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا لكن يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت
الانتقال حينئذ ضرورة وكذا الشهادة على قيام يده لان الايدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة
الضمان اذ الظاهر من حال المسلم فى ذلك الوقت ان يستوى اسبابه ويبين ما كان من الودائع
والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما فى يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك كما فى
العناية والدرر وقال صاحب المنح ولابد مع الجر المذكور من بيان سبب الوراثة او اذا شهدوا انه

اخوه فلابد من بيان انه اخوه لابيه وامه اولاحدهما ولابد من قول الشاهد لاوارث له غيره ولو قال لا وارث له بارض كذا تقبل عنده خلافا لهما وذكر اسم الميت ليس بشرط حتى لوشهدوا انه جده ابوابيه ووارثه ولم يسم الميت تقبل بدون اسم الميت (فان قال) الشاهد (كان هذا الشئ لاب المدعى اعارة من ذى اليد اواودعه اياه قبلت) الشهادة (بلاجر) لان يد المستعير والمودع والمستأجر يد الميت فصار كانه شهد بان اباه مات والمنزل فى يده (وان شهدا ان هذا الشئ كان فى يد المدعى منذ كذا) والحال انه ليس فى يده عند الدعوى (ردت) شهادتهما وعند ابى يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك (ولو شهدا انه كان ملكه قبلت) فكذا هذا وصار كما لوشهدا بالاخذ من المدعى ووجه الظاهر وهو قول الطرفين ان الشهادة قامت بمجهول فان اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان فلا يملك القضاء بالشك بخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد وبخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وعن هذا قال وان شهدا انه كان ملكه قبلت شهادتهما للامر (ولواقر المدعى عليه انه كان فى يد المدعى امر بالدفع اليه) اى الى المدعى لان الجهالة فى المقر به لاتمنع صحة الاقرار (وكذا) يؤمر بدفعه (لوشهدا باقراره) اى اقرار المدعى عليه (بذلك) اى بانه كان فى يد المدعى لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به

﴿ باب الشهادة على الشهادة ﴾

لايخفى حسن تأخير شهادة الفروع عن الاصول (تقبل) الشهادة على الشهادة استحسانا فى جميع الحقوق كالاموال والوقف على الصحيح احياء له وصونا عن اندراسه والتعزير كما فى البحر وفى الاختيار هذا رواية عن ابى يوسف وعن الامام انها لم تقبل وقضاء القاضى وكتابه كما فى الخانية (فى غير حد وقود وان) وصلية (تكررت) مرتين اومرات اى تجوز فى درجات ثم ثم كما تجوز فى درجة وكان القياس ان لاتجوز لان الشهادة عبادة بدنية والنيابة لاتجرى فيها وجه الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلولم يجز لادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اى وان بعدت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية اومن حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وعند الائمة الثلاثة تقبل فيما يسقط بها ايضا (وشرطها) اى لهذه الشهادة (تعذر حضور الاصل) اى اصل الشاهد على القضية لادائها باحد من الاسباب الثلاثة (بموت) اى بموت الاصل كما فى الهداية وغيرها لكن فى القهستانى نقلا عن النهاية ان الاصل اذا مات لاتقبل شهادة فرعه فيشترط حيوة الاصل (اومرض) اى يكون مريضا مرضا لايستطيع به حضور مجلس القاضى وفيه اشعار بانها تقبل اذا كان الاصل مخدرة وهى التى لاتخالط الرجال ولوخرجت لقضاء الحاجة اوللحمام كما فى القنية وكذا اذا حبس الاصل فى سجن الوالى واما فى سجن القاضى ففيه خلاف كما فى السراج فعلى هذا ان ذكر الثلثة ليس بحصر (اوسفر) شرعى فى ظاهر الرواية وعليه الفتوى لان جوازها عند الحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز بلا مرية فلوكان الفرع بحيث لوحضر الاصل مجلس الحكم امكنه البيتوتة فى منزله لم تقبل وعند اكثر المشايخ وهو قول الائمة الثلاثة تقبل وعليه الفتوى كما فى السراجية والمضمرات قالوا الاول احسن والثانى ادفع وعن محمد انه يجوز كيف ماكان ولوكان الاصل فى المصر (و) شرط (ان يشهد عن كل اصل اثنان) لان شهادة واحد على شهادة واحد ليس بحجة خلافا لمالك (لا) يشترط (تغاير فرعى الشاهدين) بل يكفى الفرعان للاصلين فشهد رجلان على شهادة اصل واحد ثم شهد هذان الشاهدان على شهادة اصل اخر فى حادثة واحد تقبل عندنا لقول على رضى الله تعالى عنه لاتجوز على شهادة رجل الاشهادة رجلين ذكره مطلقا من غير تقييد بالتغاير ولم يرد غيره خلافه فحل محل الاجماع خلافا للشافعى بل لابد عنده ان يكون شهود الفرع اربعة لان كل فرعين فاما

مقام اصل واحد فصارا كالمرأتين وذكر في الكنز ان شهد رجلان على شهادة شاهدين انتهى
وظاهره ان يكون ذلك شرطا فلا تقبل شهادة النساء على الشهادة كما قاله المقدسي في الحاوي
وليس كذلك بل هو شهود وما وقع في الكنز اتفاقي لانه يجوز ان يشهد عليهما رجل وامرأتان
لتمام النصاب وكذا لا يشترط ان يكون المشهود على شهادته رجلا لان للمرأة ايضا ان تشهد على
شهادتها رجلين او رجلا وامرأتين ويشترط ان يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة
كما في التبيين وغيره (وصفتها) اى الشهادة على الشهادة (ان يقول) الشاهد (الاصل) اى اصل
كل من الفريقين عند التحميل مخاطبا للفرع (اشهد) عند الحاجة امر من الثلاثي فلو شهدا
رجلا وهنالك رجل يسمعه لم يجز له ان يشهد (على شهادتي) فلو لم يذكر لم يجز خلافا لابي يوسف
فانه معلوم كما في المحيط (انى اشهد بكذا) اى بان فلان بن فلان بن فلان اقر عندي له بالف درهم
والجملة بدل من المجرور قيد بقوله على شهادتي لانه لو قال اشهد على بذلك لم تجز له الشهادة وقيد بعلى لانه
او قال بشهادتي لم تجز له كما في التبيين قيد بالشهادة على الشهادة لان الشهادة بقضاء القاضي صحيحة
وان لم يشهدهما القاضي عليه وذكر في الخلاصة اختلافا بين الامام وابي يوسف فيما اذا سمعاه
في غير مجلس القضاء واشار بعدم اشتراط قبوله الى ان سكوت الفرع عند تحمله يكفي لكن لو قال
لا اقبل ينبغي ان لا يصير شاهدا كما في القنية ولا ينبغي ان يشهد الشاهد على شهادة من ليس بعدل
عنده (ويقول) الشاهد (الفرع عند الاداء اشهد) على صيغة المتكلم (ان فلانا اشهدني) ماض
من الافعال (على شهادته بكذا وقال لي اشهد) امر من الثلاثي (على شهادتي به) اى بكذا الانه لابد
من شهادة الفرع وذكر الفرع شهادة الاصل وذكر التحميل ولها الفاظ اطول من هذا بان يقول الاصل
اشهد بكذا وانا اشهدك على شهادتي فاشهد على شهادتي ويقول الفرع عند القاضي وقت الاداء
اشهد ان فلانا يشهد ان لفلان على فلان كذا واشهدني على شهادته وامرني بان اشهد على شهادته
انا اشهد على شهادته او اقصر منه بان يقول الاصل اشهد على شهادتي بكذا ويقول الفرع اشهد على
شهادة فلان بكذا ذكره محمد في السير الكبير وهو مختار الفقيه ابي جعفر وابي الليث والامام السرخسي
وهو اسهل وايسر لكن المص اختار الاوسط لما قالوا خير الامور اوساطها (ويصح تعديل الفرع اصله)
وهذا ظاهر الرواية وهو الصحيح كما في البحر لان الفرع ناقل عبارة الاصل الى مجلس القاضي فبالنقل
ينتهي حكم النيابة فيصير اجنبيا فيصح تعديله والمراد ان الفروع معروفون بالعدالة عند القاضي
فعدلوا الاصول وان لم يعرفهم بها فلابد من تعديلهم وتعديل اصولهم كما في المنح وفيه ايماء الى انه
يجب ان يكون الاصل عدلا فلو خرس او فسق او عمي او ارتد لم تقبل شهادة فرعه كما في الخزانة والى
انه لو غاب كذا سنة ولم يعلم بقاؤه على عدالته قبلت شهادة فرعه ان كان الاصل رجلا مشهورا
كما في الذخيرة (و) يصح تعديل (احد الشاهدين) الفرعين الذي هو عدل عند القاضي الفرع
(الاخر) الذي لم تعلم عدالته لانه من اهل التزكية وقيل لا تقبل لانه انما يعدل ليصير مقبول الشهادة
وهي منفعة لنفسه فيتهم ولا يخفى انه مغن عن السابق وشامل لتعديل الاصل فرعه اذا حضر
وقد صح ذلك كما في القهستاني (فان سكت) اى الفرع (عنه) اى عن تعديل الاصل (جاز ونظر)
اى نظر القاضي (في حاله) اى حال الاصل كما لو حضر الاصل بنفسه ويسئل عن عدالة الاصل
غير الفرع لكون الاصل مستورا وان ثبتت عدالته تقبل شهادة فرعه (عند ابي يوسف) وهو المختار
لان الواجب على الفرع هو النقل لا التعديل اذ يخفى عليه عدالته (وقال محمد ترد شهادته) لانه
لا شهادة الا بالعدالة واذا لم يعرف الفرع عدالة الاصل لا يجوز نقله فترد شهادة الفرع على شهادته
(وتبطل شهادة الفرع) قبل الحكم (بانكار الاصل الشهادة) اى الاشهاد بان قالوا لم نشهدهم
على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم شهد الفروع لم تقبل لان التحمل لم يثبت للتعارض بين الخبرين

وتقرر الاصل على شهادته شرط لصحتها بخلاف مالو اشهده على شهادته ثم نهاه عنها لم يصح نهيه كما فى التنوير وقيد بالانكار لانه لو سئل فسكت لم يبطل الاشهاد وقيدنا بقبل الحكم لانه لو انكر بعد الحكم لم تبطل لما قال يعقوب باشا فى حاشيته ومراده من بطلان شهادة الفروع عدم قبولها واما الحكم الواقع قبل الانكار فلا يبطل (وان شهادة على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية) انها اقرت لفلان بكذا (وقالا) اى الفرعان (اخبرانا) اى الاصلان (انهما يعرفانها) اى الفلانة (وجاء المدعى بامرأة) منكرة (لم يدريا) الفرعان (انها) اى هذه الامرأة (هى) اى الفلانة (ام لا قيل له) اى قال القاضى للمدعى قد ثبت لك الحق على فلانة بنت فلان الفلانية وهذا لانهما نقلا كلام الاصول كما تحملا وقولهما لا ندرى اهى هذه ام لا يوجب جرحا فى الشهادة لانهما لم يعرفاها فقد عرفها الاصول الا انها غير تامة لكونها عامة اذ عددهم لا يحصى ولذا قال له (هات شاهدين انها هى) لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعى يدعى ان تلك النسبة للحاضرة وهى منكرة فلابد من اثبات انها لها (وكذا فى نقل الشهادة) وهو كتاب القاضى الى القاضى لانه فى معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضى لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل وانما صورها فى المرأة مع ان الحكم كذلك لغلبة عدم المعرفة فى المرأة (فان قالا) اى الشاهدان (فيهما) اى فى الشهادة والنقل فلانة بنت فلان (التميمية لا يجوز) قولهما لان مثل هذه النسبة غير تامة فى التعريف لكونها عامة مع كونها فى امرأة (حتى ينسباها الى فخذها) وهى القبيلة الخاصة يعنى عند عدم ذكر الجد وهذا لان التعريف لابد منه فى هذا ولا يحصل بالنسبة العامة كالنسبة الى بنى تميم فقط لانهم قبائل كثيرون لا يحصى عددهم ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة (والتعريف يتم بذكر الجد او الفخذ او بنسبة خاصة) ثم بينها بقوله (والنسبة الى المصر او المحلة الكبيرة عامة والى السكة الصغيرة خاصة) وفى البحر والحاصل ان التعريف بالاشارة الى الحاضر وفى الغائب لابد من ذكر الاسم والنسب والنسبة الى الاب لا تكفى عند الطرفين ولابد من ذكر الجد خلافا للثانى فان لم ينسب الى الجد ونسبه الى الاب الاعلى كتميمى او بخارى والى الحرفة لا الى القبيلة والجد لا يكفى عند الامام وعندهما ان معروفا بالصناعة يكفى وان نسبتها الى زوجها تكفى والمقصود الاعلام وتمامه فيه فليطالع

﴿ باب الرجوع عن الشهادة ﴾

وجه المناسبة لما قبله وتأخيره عنه ظاهر لان الرجوع عن الشهادة يقتضى سبق وجودها وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة وترجم بالباب تبعا للكنز مخالفا للهداية اذ ليس له ابواب متعددة وهو وان كان رفعا للشهادة لكنه داخل تحتها كدخول النواقض فى الطهارة قيل ركنه قول الشاهد رجعت عما شهدت به او شهدت بزور فيما شهدت به او كذبت فى شهادتى فلو انكرها لم يكن رجوعا وشرطه ان يكون عند القاضى وعن هذا قال (لا يصح الرجوع عنها) اى عن الشهادة (الا عند قاض) سواء كان هو القاضى الاول او غيره لان الشهادة تختص بمجلسه فتختص الرجوع بما تختص به الشهادة وهو مجلس القاضى (فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما) اى رجوع الشاهدين (عند غيره) اى عند غير القاضى (لا يحلفان) اى الشاهدان اذا اراد المشهود عليه التحليف (ولا تقبل برهانه) اى برهان المشهود عليه (عليه) اى على رجوعهما لانه ادعى رجوعا باطلا (بخلاف ما لو ادعى) المشهود عليه (وقوعه) اى وقوع الرجوع (عند قاض) آخر غير الذى كان قضى بالحق (وتضمينه) عطف على قوله وقوعه اى تضمين القاضى المال (اياهما) اى الشاهدين واقام بينة تقبل بينته ويحلفان ان انكر لان السبب صحيح كما لو اقر عند القاضى انه رجع عند غير القاضى فانه صحيح وان اقر برجوع باطل لانه يجعل ان شاء للحال كما فى المنح وفى المحيط ولو ادعى رجوعهما عند القاضى ولم يدع القضاء بالرجوع والضمان لا تسمع منه البينة ولا يحلف

عليه لان الرجوع لايصح ولايصير موجبا للضمان الا باتصال القضاء به (فان رجعا) اى الشاهدان عن الشهادة (قبل الحكم لايحكم) القاضى بشهادتهما اذ لا قضاء بكلام متناقض ولاضمان عليهما لعدم الاتلاف لكن يعزر الشاهد واطلاقه شامل لما لو رجعا عن بعضها كالو شهدا بدار وبنائها او باتان وولدها ثم رجعا فى البناء والولد لم يحكم بالاصل لان الشاهد فسق نفسه وشهادة الفاسق ترد كما فى جامع الفصولين (وان) رجعا (بعده) اى بعد الحكم (لاينقض) القاضى حكمه لان الكلام الاول قد تأكد بالقضاء فلا ينقضه الثانى واطلاقه شامل لما اذا كان الشاهد وقت الرجوع مثل ماشهد فى العدالة اودونه او افضل منه كما فى اكثر المعتبرات لكن فى خزانة المفتين معزيا الى المحيط ان كان الرجوع بعد القضاء ينظر الى حال الراجع فان كان حاله عند الرجوع افضل من حاله وقت الشهادة فى العدالة صح رجوعه فى حق نفسه وفى حق غيره حتى وجب عليه التعزير وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة فى العدالة اودونه وجب عليه التعزير ولاينقض القضاء ولايرد المشهود به على المشهود عليه ولايجب الضمان على الشاهد انتهى قال صاحب البحر وهو غير صحيح عند اهل المذهب لمخالفة ما نقلوه من وجوب الضمان على الشاهد اذا رجع بعد الحكم وفى هذا التفصيل عدم تضمينه مطلقا مع انه فى نقله مناقض لانه قال اول الباب بالضمان موافقا للمذهب انتهى لكن فى الخلاصة مثل مافى الخزانة لكنه قال وهذا قول الامام الاول وهو قول استاده حماد ثم رجع عن هذا القول وقال لايصح رجوعه فى حق غيره على كل حال حتى لاينقض القضاء ولايرد به على المشهود عليه وهو قولهما انتهى فعلى هذا ما قاله صاحب البحر من انه غير صحيح عند المذهب ليس بسديد بل الصواب ان يقول هو مرجوع عنه تأمل (وضمنا) اى الشاهدان الراجعان للمشهود عليه (ما اتلفاه بها) اى بالشهادة لاقرارهما على انفسهما بالضمان وقال الشافعى لايضمنان لانه لاعبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضى لانه كالملجأ الى القضاء وفى ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعى لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان (اذا قبض المدعى مدعاه دينا كان او عينا) لان الاتلاف بالقبض يتحقق ولانه لامماثلة بين اخذ العين والزام الدين وقد تبع المصنف الكنز والهداية فى تقييده وهو مختار السرخسى وصاحب المجمع وخالف اصحاب الفتاوى فى اطلاقهم وقد صرح فى الخلاصة والبزازية وغيرهما بالضمان بعد القضاء قبض المدعى المال اولا قالوا وعليه الفتوى وفى الخلاصة انه قول الامام الآخر وهو قولهما انتهى وظاهره ان اشتراط القبض مرجوع عنه كما فى البحر وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعى وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وفى البحر تفصيل عدم انحصار تضمين الشاهد فى رجوعه فليراجع (فان رجع احدهما) اى احد الشاهدين عن شهادته فى دعوى حق بعد القضاء (ضمن) الراجع (نصفا) اذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء احدهما على الشهادة تبقى الحجة فى النصف فيجب على الراجع ضمان مالم تبق الحجة فيه وهو النصف ومن هذا قال (والعبرة) فى باب الضمان (لمن بقى) من الشهود وعند الائمة الثلاثة العبرة لمن رجع الا فى رواية عنهم (لا لمن رجع) هذا هو الاصل فان بقى اثنان يبقى كل الحق وان بقى واحد يبقى النصف كامر آنفا ولذا فرع عليه المسائل فقال (فان شهد ثلاثة) رجال بحق (ورجع واحد) عن شهادته (لايضمن) الراجع شيئا لبقاء نصاب الشهادة (فان رجع آخر) بعد رجوع واحد من الثلاثة فعلى هذا ان الفاء فى قوله فان رجع تعقيبية (ضمنا) اى الراجعان (نصفا) من المقبوض لبقاء نصف نصاب الشهادة وهو واحد من ثلاثة فيبقى نصف الحق

فان قيل ينبغي ان يضمن الراجع الثاني فقط لان التلف اضيف اليه اجيب بان التلف مضاف الى المجموع الا انه عند رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء الشاهدين فلما زال ذلك المانع برجوع آخر ظهر اثره (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت واحدة) منهما (ضمنت) الراجعة (ربعا) بالاجماع لبقاء ثلثة ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة (وان رجعتا) اى المرأتان (ضمنتا نصفا) لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل (وان شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان) منهن (لا يضمن) على صيغة الجمع المؤنث الغائبة (شيئا) لبقاء النصاب وهو رجل وامرأتان من العشر (فان رجعت) امرأة (اخرى) بعد رجوع الثمان من العشر (ضمن) النسوة (التسع ربعا) لبقاء ثلاثة ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة كامر (وان رجع) النسوة (العشر) دون الرجل (ضمن) صيغة جمع مؤنث غائبة (نصفا) بالاجماع لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل قيل ينبغي ان يقول وان رجعت في المحلين وكذا في قوله وضمن التسع ينبغي ان يقول وضمنت فنقول يجوز في مثله لان الله تعالى قال في قصة يوسف عليه الصلوة والسلام وقال نسوة وو جهه بين في التفاسير فليطالع (وان رجع الكل) اى الرجل والنساء (فعلى الرجل سدس) اى سدس الحق (وعليهن) اى على النساء (خمسة اسداس) عند الامام لان كل امرأتين قامت مقام رجل واحد فعشر نسوة كخمسة من الرجال كما لو شهد به ستة رجال ثم رجعوا فان الضمان عليهم يكون اسداسا فعلى الرجل غرم السدس هو حصة اثنتين من العشر وعليهن غرم خمسة اسداس (وعندهما عليه) اى على الرجل نصف (وعليهن) اى على النساء (نصف) لان العشر من النساء يقمن مقام رجل واحد فيكون نصف النصاب كما ان الرجل الواحد يكون نصف النصاب ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فيكون الغرم على المناصفة وفي التبيين نقلا عن المحيط لو رجع الرجل وثمان نسوة منهن فعلى الرجل نصف الحق ولا شئ على النسوة لانه وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من ثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كانهن لم يشهدن ثم قال وهذا سهو بل يجب ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا وذكر الاسبيجابي او رجع واحد وامرأة كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان كما قال لم يجب عليها شئ انتهى لكن ذكر الاسبيجابي عقيب هذه المسئلة اختلافا لانه قال لو شهد رجل وثلاث نسوة فقضى به ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال ولم يضمن المرأة شيئا في قولهما وفي قياس قول الامام نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة انتهى فعلى هذا ظهر ان صاحب المحيط اختار قولهما فلا سهو وتدبر (وان شهد رجلان وامرأة ورجعوا فالغرم على الرجلين خاصة) لان الواحدة ليست بشهادة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم (ولا يضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها) اى على المرأة (او عليه) اى على الزوج الاصل ان المشهود به ان لم يكن مالا بان كان قصاصا او نكاحا او نحوهما لم يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان على الشاهد لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان بعوض لا يعادله فبقدر العوض لا ضمان بل فيما وراءه وان كان الاتلاف بلا عوض اصلا وجب ضمان الكل اذا تقرر هذا فنقول ادعى رجل امرأة نكاحا وهي جاحدة واقام على ذلك بينة فقضى بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا لها شيئا سواء كان المسمى مقدار مهر مثلها او اكثر او اقل لانهما وان اتلفا البضع عليها بعوض لا يعدله لكن البضع لا يتقوم على المتلف وانما يتقوم على المتملك ضرورة التملك فان ضمان الاتلاف يقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال واما عند دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوما اظهار الخطره كما في الدرر (الا ما زاد على مهر المثل) يعني ان كان مهر مثلها مثل المسمى او اكثر لم يضمنا شيئا لانهما اوجبا المهر عليه بعوض يعدله او يزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول في ملك الزوج متقوم وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى ضمنا الزيادة للزوج لانهما تلفا

قدرالزيادة بلاعوض وكذا لوشهدا عليها بقبض المهراو بعضه ثم رجعا بعد القضاء ضمناها (ولا) يضمن (من شهد بطلاق بعد الدخول) لان المهرتأكد بالدخول فلا اتلاف (ويضمن في الطلاق قبل الدخول نصف المهر) ان كان مسمى او المتعة ان لم يكن مسمى لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الاترى انها لوطاوعت ابن الزوج اوارتدت سقط المهرولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهرثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة وكان واجبا بشهادتهما كما في الهداية والتعليل الاول للمتقدمين والثاني للمتأخرين وفي البحر تفصيل فليراجع وفي التنويرولوشهدا انه طلقها ثلثاوآخران انه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهرعلى شهود الثلاثة لاغيرولوكان ذلك بعد وطئ اوخلوة فلاضمان على احد (وفي البيع) يضمن (مانقص عن قيمة المبيع) وفي المنح ولوشهدا على البايع به بمثل القيمة اواكثر فلا ضمان لانه اتلاف بعوض وان شهدا باقل من قيمته ضمنا النقصان لانه بغير عوض ولوشهدا على المشترى فلاضمان لوشهدا بشرائه بمثل القيمة اواقل وان كان باكثرضمنامازادعليها كذاصرحوا فعلى هذا لوقال ولافي البيع الامانقص من قيمة المبيع ان ادعى المشترى ولافي البيع الامازاد على القيمة من الثمن ان ادعى البايع كما في الغرر لكان اظهر واولى تدبر وفي التنويرولو شهدا على البايع بالبيع بالفين الى سنة وقيمته الف فان شاء ضمن الشهود قيمته حالاوان شاء اخذ المشترى الى سنة واياما اختار برئ الاخر (وفي العتق) يضمن (القيمة) يعني اذا شهدا على عتق عبد ثم رجعا ضمنا قيمة العبد (مطلقا) اى سواء كانا موسرين اومعسرين لاتلافهما مالية العبد عليه من غيرعوض ولايتحول الولاء اليهما بالضمان لان العتق لايحتمل الفسخ فلا يتحول بالضرورة اذا الولاء لمن اعتق اطلق العتق فانصرف الى العتق بلامال فلوشهدا انه اعتق عبده على خمسمائة وقيمته الف فقضى ثم رجعا ان شاء ضمن الشاهدين الالف ورجعا على العبد بخمسمائة وولاء العبد للمولى كما في البحروفي التنوير وفي التدبيرضمنامانقصه وفي الكتابة يضمنان قيمته ولايعتق حتى يؤدي ماعليه اليهما وما في الفتح من ان الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو والصواب للذي كاتبه كما في البحر وفي الاستيلاد يضمنان نقصان قيمة الامة فان مات المولى عتقت وضمن الشاهدان قيمتها للورثة (وفي القصاص) يضمن (الدية فقط) يعني اذا شهدا ان زيدا قتل بكرا فاقتص زيد ثم رجعا تجب الدية عندنا لاالقصاص لان القتل وجد باختيار الولي لانه ليس بمضطر فيه لاقتداره على العفو ايضا ولم يكونا سببا بالقتل فلرائحة السببية وقعت الشبهة وهي مانعة عن القود لاعن الدية لان المال يثبت مع الشبهة بخلاف المكره لانه مباشر فيه فيكون سببا يضاف اليه القتل فيقتص وعند الشافعي يقتصان لوجود القتل تسببا كالمكره (ويضمن الفرع ان رجع) اى يضمن شهود الفرع بالرجوع عن شهادتهم لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم وكان التلف مضافا اليهم (لا الاصل ان قال) الاصل (ما اشهدته) اى الفرع (على شهادتي) اى لايضمن شهود الاصل بعد الحكم بقولهم لم تشهد الفروع على شهادتنا بالاجماع لان الحكم لم يضف اليهم بل الى الفرع ولايبطل القضاء بعد الحكم للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد (ولوقال) الاصل (اشهدته) اى الفرع (وغلطت ضمن عند محمد) لان الفروع نقلوا شهادة الاصل فكان الاصل حضروشهد عند مجلس القاضي ثم رجع (لا) يضمن (عندهما) لان الحكم لم يقع بشهادة الاصل بل بشهادة الفرع وقوله غلطت اتفاقي اذ لوقال رجعت عنها فلاضمان ايضا عندهما (وان رجع الاصل والفرع) جميعا بعد الحكم (ضمن الفرع فقط) عند الشيخين لان الاتلاف يحصل بعد القضاء والقضاء بشهادة الفرع فيضاف التلف اليه بعدرجوعه والضمان على المتلف (وعند محمد يضمن المشهود عليه اى الفريقين) من الاصل والفرع (شاء) اى ان المشهود عليه مخير بين

تضمين الفرع والاصل عنده لان القضاء وقع بشهادة الفرع من وجه و بشهادة الاصل من وجه فيخير بينهما والجهتان متغايرتان ولا يجمع بينهم في التضمين (وقول الفرع كذب) فعل ماض (اصلي اوغلط ليس بشيء) يعني بعد الحكم بشهادتهم لان ما امضى من القضاء لاينقض بقولهم ولايجب الضمان عليهم لانهم مارجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع (وان رجع المزكي عن التزكية ضمن) اى ضمن المزكي بالرجوع عن تزكية الشاهد بعد ان زكاه عند الامام لان قبول الشهادة عند القاضي بالتزكية يكون علة لعلة معنى فيضاف الحكم الى علة العلة (خلافا لهما) فان عندهما لاضمان على المزكين لانهم اثنوا على الشهود فصار واكشهود احصان والخلاف فيما اذا قالوا تعمدنا اوعلمنا ان الشهود عبيد ومع ذلك زكيناهم اما اذا قال المزكي اخطأت فيها فلا ضمان اجماعا كما في البحر وغيره فعلى هذا لو قيد مع علمه بكونهم عبيدا لكان اولى وقيل الخلاف فيما اذا اخبر المزكون بالحرية بان قالوا انهم احرار اما اذا قالوا هم عدول فبانوا عبيدا لايضمنون اجماعا لان العبد قد يكون عدلا (ولايضمن شاهد الاحصان برجوعه) لانه شرط محض فلا يضاف الحكم اليه (ولو رجع شاهد اليمين وشاهد الشرط ضمن شاهد اليمين خاصة) يعني اذا شهد انه علق عتق عبده بشرط وشهد الاخران ان الشرط الذي علق به العتق وجد فحكم الحاكم به ثم رجع جميعهم يضمن شهود اليمين قيمة العبد لانهم اثبتوا العلة وهو قوله انت حر ولايضمن شهود الشرط لان الشرط كان مانعا وهم اثبتوا زوال المانع والحكم يضاف الى العلة لا الى زوال المانع (ولو رجع شاهد الشرط وحده اختلف المشايخ) قال بعضهم يضمن شاهد الشرط والصحيح ان شهود الشرط لايضمنون بحال نص عليه في الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسي والى الاول مال فخر الاسلام علي البزدوي كما في التبيين وغيره (ومن علم انه شهد زورا) بان اقر على نفسه انه شهد زورا اوشهد بقتل رجل اوموته فجاء حيا اوشهد برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما وليست بالسماء علة ولم ير الهلال (يشهر فقط ولايعزر) عند الامام وعليه الفتوى كما في السراجية (وعندهما يوجع ضربا ويحبس) وفي الكافي اعلم ان شاهد الزور يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته اولا لانه ارتكب كبيرة اتصل ضررها بمسلم الا انهم اختلفوا في كيفية تعزيره فقال الامام تعزيره تشهيره فقط وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعي لان عمر رضي الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه وله ان شريح القاضي في زمن عمر رضي الله تعالى عنه كان يشهر بان يبعثه الى سوقه اوالى قومه لافشاء قباحته وهذا التشهير لايخفى على الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع وكان هذا من الامام احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليد الشريح لانه لايرى تقليد التابعي وحديث عمر رضي الله تعالى عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم

﴿ كتاب الوكالة ﴾

مناسبتها للشهادة من حيث ان الانسان يحتاج في معاشه الى التعاضد والشهادة منه فكذا الوكالة وهي لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه الامر فيكون الوكيل بمعنى المفعول لانه موكول اليه الامر وقيل هي الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى فيكون بمعنى فاعل والتوكيل صحيح بالكتاب والسنة والاجماع وشرعا (هي) اى الوكالة (اقامة الغير مقام نفسه في التصرف) والمراد بالتصرف ان يكون معلوما لانه اذا لم يكن معلوما ثبت ادنى التصرفات وهو الحفظ فيما اذا قال وكلتك بمالي فلو قال في تصرف جائز معلوم لكان اولى لان التصرف مطلقا يشمل الجائز والمعلوم وغيرهما كما في المنح لكن يمكن ان يجاب عنه بان اللام للعهد فلا حاجة الى زيادة تدبر (وشرطها) اى الوكالة (كون الموكل) اسم فاعل (ممن يملك التصرف) لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف من الموكل فلابد للمفيد من ان يملكه ويقدره قيل هذا على قولهما واما على قوله

فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فكون الموكل مالكا لذلك التصرف الذى وكل به الوكيل ليس بشرط اذ يجوز توكيل المسلم ذميا ببيع الخمر والخنزير عنده مع ان المسلم لا يملك هذا التصرف بنفسه انتهى لكن الشرط ان يكون الموكل مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وقادرا عليه وان امتنع فى بعض الاشياء بعارض النهى فلا يلزم ما قيل تدبر (و) شرطها ايضا كون (الوكيل) ممن (يعقل العقد) و يعرف ان البيع سالب للمبيع وجالب للثمن والشراء على عكسه ويعرف الغبن الفاحش واليسير كما فى اكثر المعتبرات وقال يعقوب باشا وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبى العاقل صحيح وفوق الغبن اليسير من الفاحش مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فلا وجه لاشتراطه فى صحة التوكيل انتهى لكن المراد من الصبى العاقل هو مميز مطلقا فلا يرد تدبر (ويقصده) اى يقصد الوكيل ثبوت حكم العقد وحصول الربح حتى لو تصرف فى البيع بطريق الهزل فلا يقع عن الموكل كما فى اكثر الكتب لكن ليس فيما نحن فيه لان الكلام فى صحة الوكالة لا فى صحة بيع الوكيل وعدمه وعدم وقوعه عن الموكل ولذا تركه فى الكنز الا ان يقال ان قوله يقصده تأكيد لقوله يعقل والعطف عطف تفسير لانه بالقصد يعلم كمال العقل تدبر وفيه رمز الى ان المعتوه يصلح ان يكون وكيلا لانه يعقله ويقصده وان لم يرجح المصلحة على المفسدة والى ان علم الوكيل بالوكالة لم يشترط خلافا لمحمد فلو وكل ببيع عبده وطلاق امرأته ففعل الوكيل قبل العلم جاز خلافا له كما فى القهستانى نقلا عن المحيط ثم فرعه بقوله (فيصح توكيل الحر البالغ) ينبغى ان يقيد بالعاقل ليحترز عن المجنون لما فى التنوير فلا يصح توكيل مجنون وصبى لا يعقل مطلقا وصبى يعقل بنحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة من التصرفات الضارة وصح توكيله بما ينفعه بلا اذن وليه كقبول الهبة و بما تردد بين ضرر ونفع كبيع واجارة ان مأذونا والا توقف على اجازة وليه (المأذون) والمراد بالمأذون الصبى العاقل الذى اذن له الولى والعبد الذى اذن له المولى اى يصح توكيل كل منهما (حرا) مفعول توكيل (بالغا او مأذونا) لان الموكل مالك للتصرف والوكيل اهل له (او) توكيلهما (صبيا عاقلا او عبدا محجورين) قيد للصبى والعبد لان الصبى اهل للعبارة حتى ينفذ تصرفه باذن الولى فكذا العبد حتى صح طلاقه واقراره فى الحدود والقصاص ولكن لا يرجع حقوق العقد اليهما بل الى موكلهما اذ لا يصح منهما التزام العهدة فالصبى لقصور الاهلية والعبد لحق المولى بخلاف المأذونين بحيث تلزمهما العهدة استحسانا وفى الشمنى وعن ابى يوسف ان المشترى اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبى محجور او عبد محجور له خيار الفسخ وان كانا مأذونين لزمهما الثمن ورجعا به على الآمر استحسانا (بكل ما) كونه موصوفة اولى من الموصولة والظرف للتوكيل اى صح التوكيل لكل عقد (يعقده هو) اى الموكل (بنفسه) اى مستبدا بنفسه او بولاية نفسه عن الغير كالبيع والهبة والصدقة والوديعة وغيرها لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فيحتاج الى توكيل غيره فلا بد من جوازه دفعا لحاجته وفى القهستانى ولا يشكل بتوكيل المسلم او الذمى ذميا او مسلما ببيع الخمر او شرائها وبالتوكيل ببيع السلم والاستقراض كما ظن فان الكفالة كافية للاولين والثالث مستثنى بقرينة الاتى والرابع مختلف فيه انتهى ويمكن دفعه بوجه آخر كما بين آنفا (و) صح التوكيل (بايفاء كل حق وباستيفائه) لان الموكل قد لا يهتدى الى طريق الايفاء والاستيفاء فيحتاج الى التوكيل بالضرورة والمراد بالايفاء دفع ما عليه وبالاستيفاء القبض (الا فى حد) لقذف او كسرقة (وقود) اى لا يصح التوكيل باستيفائهما (مع غيبة الموكل) عن المجلس كما اذا قال الموكل وجب لى على فلان حد او قصاص فى النفس او الطرف فوكلتك ان تطلبه منه فقبل فان استيفاءهما بدون حضور الموكل باطل لسقوطهما بالشبهة وعند حضوره يجوز اجماعا وانما قلنا لا يصح التوكيل باستيفائهما لانه صح التوكيل باثباتهما وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل باثباتهما

وقول محمد مضطرب والاظهر انه مع الامام في نفس التوكيل وكذا الخلاف في التوكيل بالجواب من جانب من له الحد والقصاص وفي شرح الطحاوي صح التوكيل باستيفاء التعزير وعند الائمة الثلاثة يصح في القود وان غاب الموكل الا في رواية عن احمد وقول من الشافعي (و) يصح التوكيل (بالخصومة في كل حق) لان كل احد لا يهتدي الى وجوه الخصومات فيحتاج الى التوكيل بالضرورة (بشرط رضى الخصم) فلو رضي قبل سماع الحاكم الدعوى ثم رجع جاز رجوعه وان بعده لا وفي العناية اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم قال الامام لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه وقالا يجوز بغير رضى الخصم وهو قول الشافعي لكن في الهداية والظهيرية وغيرهما لا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم وهو الصحيح وعن هذا قال (للزومها) فعند الامام لا يلزم التوكيل بلا رضى الخصم فترد الوكالة برد الخصم (الا ان يكون الموكل مريضا لا يمكنه) مع وجود المرض (حضور مجلس الحاكم) وكذا لا يحسن الدعوى (او غائبا مسافة سفر) اي مدة ثلثة ايام فصاعدا (او مريد السفر) يعني اذا قال انا اريد السفر يلزمه منه التوكيل بلا رضى الخصم طالبا كان الموكل او مطلوبا فلا ترتد برد الخصم لانه لو لم يلزمه يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه لكن لا يصدق بمجرد قوله بل ينظر القاضي في حاله وعدة سفره او يسأل عن رفقائه (او) يكون الموكل امرأة (مخدرة غير معتادة الخروج الى مجلس الحاكم) سواء كانت بكرا او ثيبا وعليه الفتوى كما في الحقايق لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فلزم توكيلها ولو اختلفا في كونها مخدرة ان كانت المرأة من بنات الاشراف فالقول لها بكرا كانت او ثيبا لانه الظاهر من حالها وان كانت من الاوساط فالقول لها لو كانت بكرا وان كانت من الاسافل فلا سواء كانت بكرا او ثيبا لان الظاهر غير شاهد لها كما في المنح ومن الاعذار الحيض اذا كان الحكم في المسجد والحبس اذا كان من غير القاضي ترافعوا اليه كما في التبيين وفي المنح وهو مقيد بما اذا كان الطالب لا يرضى بالتأخير واما اذا رضي به فلا يكون عذرا واما حيض الطالب فهو عذر مطلقا والنفاس كالحيض انتهى وفيه كلام فانه يجوز للقاضي ان يخرج من المسجد ويسمع الخصومة او يرسل اليها نائبا ليرفع الخصومة كما قررناه في كتاب القضاء فلا وجه لعده من الاعذار ويلزم منه ايضا ان يعد الجنابة والكفر من الاعذار مع انهم لم يذكروهما منها تأمل (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (لا يشترط رضى الخصم) فيلزم بلا رضاه مطلقا لان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بقضاء الديون وله ان التوكيل قد يكون اشد خصومة وآكد انكارا فيتضرر به خصمه فلا يجوز بغير رضاه كالحوالة بالدين بخلاف الوكيل بالقبض فانه لا يختلف والمختار للفتوى ان القاضي ان علم من الوكيل قصد الاضرار بخصمه يعمل بقول الامام وان علم من خصم الموكل التعنت في الاباء من قبول التوكيل يعمل بقول صاحبيه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي كما في الدرر وغيره وحقوق عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كبيع فانه يقول بعت هذا الشيء منك ولا يقول بعته منك من قبل فلان وكذا غيره (واجارة) واستيجار وصلح (عن اقرار) دون انكار كما سيأتي (تتعلق به) اي بالوكيل دون الموكل بلا فرق بين كون موكله حاضرا او غائبا لانه اصل في العقد لانه يقوم بكلامه ونائب عن الموكل في حق الحكم فراعينا جهة اصالته في تعلق الحقوق حتى لو شرط عدم حقوق العقد بالوكيل فهو لغو خلافا للشافعي فانه قال تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول والوكيل بالنكاح (ان لم يكن) الوكيل صبيا او عبدا (محجورا) اشارة الى ان العبد المأذون والصبي المأذون تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة مطلقا وليس كذلك بل فيه تفصيل لما في شرح المجمع نقلا عن الذخيرة المأذون له ان كان وكيلا بالبيع تلزمه الحقوق سواء باعه

حالا ومؤجلا وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن حال لزمته ايضا لانه يملك ما اشتراه حكما ولهذا يحبسه بالثمن ليستوفيه من الموكل وان كان بثمن مؤجل لا تلزمه الحقوق لانه لم يملك ما اشتراه لا حقيقة ولا حكما ولو لزمته العهدة لكان ملتزما مالا فى ذمته مستوجبا مثله على موكله وهو فى معنى الكفالة فانه لا يصح منه انتهى ثم اشار الى تفصيل الحقوق فقال (فيسلم) الوكيل (المبيع) الى المشترى فى الوكالة بالبيع (ويتسلمه) اى يقبض المبيع عن البايع فى الوكالة بالشراء (ويقبض الثمن) اى ثمن مبيعه فى البيع (ويطالب) بفتح اللام (به) اى بالثمن فى الوكالة بالشراء فاشترى (ويرجع) على صيغة المبنى للمفعول (به) اى بالثمن (عند الاستحقاق) اى استحقاق ما باع (ويخاصم) على صيغة المبنى للفاعل (فى عيب مشتريه ويرده) الى بايعه (به) اى بالعيب فان ذلك كله من حقوق العقد فتتعلق بالوكيل (ان لم يسلمه الى موكله وبعد تسليمه لا) يرده (الا باذنه) اى باذن الموكل (ويخاصم) على صيغة المبنى للمفعول (فى عيب مبيعه و) يخاصم (فى شفعته) اى فى شفعة ما باع (ان كان) المبيع (فى يده) بخلاف ما اذا سلم المبيع الى المشترى فان الوكيل لا يخاصم فى الشفعة (وكذا شفعة مشريه) يعنى يخاصم الوكيل فى شفعة ما اشترى بالوكالة ما دام فى يده (والملك ثبت للموكل ابتداء) اذا اشترى الوكيل لان الموكل يخلف عن الوكيل فى حق الملك كما ان الرق يتهب ويصطاد اذ المولى يخلف عن العبد فى ثبوت الملك اليه ابتداء وهو الصحيح كما فى الهداية وقيل يثبت الملك للوكيل فينتقل الى الموكل بلا مهلة ثم فرعه بقوله (فلا يعتق قريب وكيل شراه) ولا يفسد نكاح منكوحة شراها لان الملك يلزم الموكل فعلى القولين لا يملك الوكيل قريبه ومنكوحته لعدم تقرر ملكه لان العتق وفساد النكاح يقتضيان تقرر الملك كما فى اكثر المعتبرات لكن لم يظهر فى هذا التفريع اثر الخلاف لان القريب لا يعتق بالاتفاق فالاولى ان يفرع عليه ما ظهر فيه اثر الخلاف تدبر (وحقوق عقد يضيفه الوكيل الى موكله) مراده انه لا يستغنى عن الاضافة الى موكله حتى لو اضافه الى نفسه لا يصح والمراد من قرينه السابق انه يصح اضافته الى نفسه ويستغنى عن اضافته الى الموكل لانه شرط ولهذا لو اضاف الوكيل بالشراء الشراء الى موكله صح بالاجماع فلفظ الاضافة واحد والمراد مختلف كما فى الاصلاح (تتعلق بالموكل كنكاح وخلع) لان الوكيل فيهما سفير اى حاك حكاية غيره فلا يلزم عليه شئ حتى لو اضاف النكاح الى نفسه بان قال تزوجتها يقع للوكيل (وصلح عن انكار) لانه فداء يمين للموكل فلا بد من الاضافة اليه لما فى الاصلاح هذا الصلح لا يصح اضافته الى الوكيل بل لا بد من اضافته الى الموكل بخلاف الصلح عن اقرار فانه يصح اضافته الى كل منهما وقد عرفت اختلاف المراد من الاضافة فى الموضعين فافترق الصلحان فى الاضافة انتهى فعلى هذا فقول صدر الشريعة واما الصلح فلا فرق فيه بين ان يكون عن اقرار او انكار فى الاضافة محل نظر كما فى حاشيته ليعقوب پاشا والدرر تتبع (و) صلح (عن دم) عمد لانه اسقاط محض والوكيل اجنبى سفير (وكتابة وعتق على مال وهبة وصدقة واعارة وايداع ورهن واقراض) ولم يذكر الاستقراض لما مر انه لا يصح التوكيل به وعليه الفتوى (وشركة ومضاربة) فان الوكيل يضيف هذه العقود الى موكله فى عرف اهل المعاملة فتتعلق حقوق العقود فيها الى الموكل دون الوكيل ثم فرع على هذا الاصل بقوله (فلا يطالب) بفتح اللام (وكيل الزوج بالمهر) من قبل الزوجة (ولا) يطالب من قبل الزوج (وكيل المرأة بتسليمها) اى تسليم المرأة الى الزوج اذ يلزم سقوط مالكيتها بعقد النكاح والساقط يتلاشى مع انها خلقت محلا للنكاح فلا يخلو عن المالكية لنفسها (ولا) يطالب وكيل الخلع (ببدل الخلع) لما مر انه سفير فيه (وللمشترى منع الثمن عن الموكل) يعنى اذا وكل رجلا ببيع شئ فباعه ثم ان الموكل طلب من المشترى الثمن له منعه لان الموكل اجنبى عن العقد والوكيل اصل فى الحقوق ولذا له ان يوكل الاخر بهذه الحقوق وان لم يكن له حق

التوكيل والمراد من الموكل موكل وكيل ببيع لبس عبدا وصبيا محجورين للامر وفى البحر ولوكان الموكل دفع الثمن الى الوكيل فاستهلكه وهومعسر للبايع حبس المبيع ولامطالبة له على الموكل فان لم ينقد الموكل الثمن الى البايع باع القاضى الجارية بالثمن اذارضيا والافلا (فان دفعه) اى ان دفع المشترى الثمن (اليه) اى الى الموكل (صح) دفعه ولومع نهى الوكيل لانه ملكه لافى الصرف الااذاكان الموكل حاضرا عند عقد الصرف فالعقد ينصرف اليه بحضوره (ولايطالبه الوكيل ثانيا) لان نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل اليه ولافائدة فى الاخذ منه ثم الدفع اليه وانما ذكرقوله وللمشترى الى هنا فى هذا المحل مع ان المناسب ان يذكر من تفريعات القسم الاول توطئة لما بعده (وان كان للمشترى على الموكل دين وقعت المقاصة به) اى بثمن المبيع الذى باعه الوكيل للموكل بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص وهذا حيلة للوصول الى دين لايوصل اليه (وكذا) تقع المقاصة به (ان كان له) اى المشترى (على الوكيل دين) عند الطرفين لكونه يملك الابراء عندهما (خلافا لابى يوسف) لان عنده لايجوز الابراء ولاتقع المقاصة (و) لكنه (يضمنه الوكيل للموكل) فى فصل المقاصة عندهما كما يضمنه فى فصل الابراء (وان كان دينه) اى دين المشترى (عليهما) اى على الموكل والوكيل (فالمقاصة بدين الموكل دون الوكيل) لان المبيع ملك الموكل لاغير.

﴿ باب الوكالة بالبيع والشراء ﴾

افردهما بباب على حدة لكثرة الاحتياج اليهما وقدم الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات (لايصح التوكيل بشراء شئ يشمل اجناسا كالرقيق والثوب والدابة) للجهالة الفاحشة فان الدابة اسم لما يدب على وجه الارض لغة وعرفا للخيل والبغل والحمار فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لاتصح تسميته مهرا وكذا الرقيق لانه شامل للذكر والانثى المختلفين فى بنى آدم واذا اشترى الوكيل وقع الشراء له كما فى النهاية (او) بشراء شئ يشمل (ماهو كالاجناس كالدار وان) وصلية (بين الثمن) لانه يتعذر الامتثال لامر الموكل لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولايدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة والمراد هنا بالجنس مايشمل اصنافا وبالنوع الصنف لاما اصطلح عليه اهل المنطق (فان سمى نوع ثوب كالهروى) مثلا (جاز وكذا ان سمى نوع الدابة كالفرس والبغل) جاز سواء سمى ثمنا اولا بالاجماع (او بين ثمن الدار والمحلة) يعنى ان وكل بشراء دار وبين ثمنها ومحلتها جاز واختلفوا فى هذا المحل وقد جعل صاحب الكنز الدار كالعبد موافقا لقاضيخان لكن شرط مع بيان الثمن بيان المحلة وجعلها صاحب الهداية كالثوب فقال وكذا الدار تشمل ماهو فى معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاعراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتعذر الامتثال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه انتهى وفى الاصلاح والدار ملحقة بالجنس من وجه لانها مختلفة لقلة المرافق وكثرتها فان بين الثمن الحقت بجهالة النوع وان لم يبين الحقت بجهالة الجنس والمتأخرون قالوا فى ديارنا لايجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف باختلافها قال فى البحر وفى المعراج ان مافى الهداية مخالف لرواية المبسوط قال والمتأخرون من مشايخنا قالوا فى ديارنا لايجوز الاببيان المحال انتهى وبه يحصل التوفيق فيحمل مافى الهداية على ما اذا كانت تختلف فى تلك الديار اختلافا فاحشا وكلام غيره على ما اذا كانت لاتتفاحش انتهى والمصنف اختار قول المتأخرين فى الدار ولهذا عطف بالواو فقال او بين ثمن الدار والمحلة والحاصل ان جهالة الدار جهالة الجنس عند المتأخرين وجهالة النوع عند المتقدمين فليحمل عبارة كل من الكنز والهداية على كل من المذهبين تتبع (او بين جنس الرقيق كالعبد ونوعه كالتركى) يعنى اذا وكل بشراء عبد تركى مثلا يصح لان العبد معلوم الجنس من وجه لكن من حيث منفعة الجمال كانه اجناس

مختلفة فان بين نوعه كالتركى يصح التوكيل (او بين ثمنا يعين نوعا) اى نوع العبد بالقلة والكثرة يصح
لان ذكر الثمن كذكر النوع فى تقليل هذه الجهالة وان لم يبين شيئا منهما لم يصح التوكيل و يلحق
بجهالة الجنس لامتناع الامتثال لكن الاحسن ترك الصفة وهو قوله يعين نوعا لان النوع صار
معلوما بمجرد تقدير الثمن كما فى الهداية وفيه اشارة الى انه لو كان معلوم الجنس من وجه كالشاة
والبقر يصح وان لم يذكر الثمن والى ان جهالة وصف غير مانعة كما فى القهستانى واطلاقه شامل
لما اذا كان ذلك الثمن نوعا اولا وبه تدفع ما فى الجوهرة حيث قال وهذا اذا لم يوجد لهذا الثمن
من كل نوع اما اذا وجد فلا يجوز عند بعض المشايخ كما فى المنح (او عمم فقال ابتع لى) اى اشترلى
(ما رأيت) وفى الفوائد وفى عطف قوله او عمم صعوبة لانه لا يناسب كونه معطوفا على قوله او بين جنس
الرقيق ولا كونه معطوفا على قوله فان سمى نوع الثوب جاز وفصله ثم قال او بينه بطريق الاستثناء
بان يقول الا ان يعمم لكان اسلم واظهر ويدل على ما ذكرناه قول صاحب الهداية ومن وكل رجلا
بشراء شئ فلابد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه
الايتمار الا ان يوكل وكالة عامة فيقول ابتع لى ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاى شئ يشتريه يكون
ممتثلا انتهى لكن يمكن ان يكون معطوفا على ما يفهم من الكلام السابق وهو قوله فان سمى الى هنا
اى ان خصص جاز عند البيان او عمم جاز وان لم يبين او ان يكون او بمعنى الا كقولهم لالزمنك او تعطينى
حقى اى الا ان تعطينى حقى (ولو وكله بشراء الطعام فهو) يقع (على البر ودقيقه) يعنى دفع
الى آخر دراهم وقال اشترلى طعاما يشترى البر ودقيقه والقياس ان يشترى كل مطعوم اعتبارا للحقيقة
كما فى اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان الطعام اذا قرن بالبيع والشراء
يحمل على ما ذكر عرفا ولا عرف للاكل فيبقى على الوضع وفى العناية هذا فى عرف اهل الكوفة فان سوق
الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما فى عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم وبه قالت
الائمة الثلاثة وقال بعض المشايخ الطعام فى عرفنا ينصرف الى ما يمكن اكله يعنى المعتاد للاكل
كاللحم المطبوخ والمشوى اى ما يمكن اكله من غير ادام دون الحنطة والخبز وقال الصدر الشهيد
وعليه الفتوى كما فى الذخيرة وانما قلنا دفع الى آخره لانه لو امر بلا دفع له لا يصح التوكيل كما فى القهستانى
واطلاقه فشمل ما اذا كثرت الدراهم او قلت (وقيل) يقع (على البر فى كثير الدراهم و) يقع
(على الخبز فى قليلها و) يقع (على الدقيق فى وسطها) قيل القليل مثل درهم الى ثلثة والمتوسط
مثل اربعة الى خمسة او سبعة فالسبعة على هذا لم يكن من الكثير كما فى القهستانى (وفى متخذ الوليمة)
اى طعام العرس والمتخذ بالفتح اسم زمان يقع (على الخبز بكل حال) سواء كثرت الدراهم او توسطت
وقلت لان مدار الامر فى الكل العرف (وصح التوكيل بشراء عين) اى شئ معين (بدين له) اى للموكل
(على الوكيل) يعنى لو قال رب الدين للمديون اشترلى هذا العبد مثلا بالالف لى عليك فاشتراه يكون ملكا
بالامر حتى لو هلك فى يد الوكيل يهلك على مال الآمر لا على الوكيل لان فى تعيين المبيع تعيين البايع
وفى تعيين البايع توكيله بقبض دينه من المديون اولى لاجله ثم يقبضه لنفسه فلا يوجد تمليك
الدين من غير من عليه الدين وكذا لو امر شخص مديونه بالتصدق بما عليه صح كما لو امر الآجر المستأجر
بمرمة ما استأجره من ما عليه من الاجرة (وفى غير العين) اى لو قال رب الدين للمديون اشترلى بالالف
عليك عبدا غير معين فالتوكيل باطل حتى (ان) اشترى و (هلك فى يد الوكيل فعليه) اى على الوكيل
لان الشراء نفذ عليه لا على الموكل (وان قبضه الموكل فهو له) اى للموكل هذا عند الامام (وقالا
هو لازم للموكل ايضا) اى كما هو لازم له فى المعين سواء قبضه الموكل اولا (وهلاكه) اى المبيع
(عليه) اى على الموكل (اذا قبضه الوكيل) لان الدراهم والدنانير لا تتعينان فى المعاوضات
دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد

فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل كيده وله انها تتعين في الوكالات الاترى انه
لوقيد الوكالة بقبض العين منها والدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين عن المديون بالابراء
مثلا تبطل الوكالة لانعدام المحل لتصرف الوكيل ولم يلزم عليه اعطاء مثل الدين لان الاستهلاك
والاسقاط في حكم الاخذ والاستيفاء وهذا المعنى في الاستهلاك ظاهر ولذا قيد صاحب الهداية
بالاستهلاك ومافي تعليل صاحب النهاية بان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك
مخالف لما في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل
بالشراء بطلت الوكالة وتمامه في العناية فليطالع واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه
الدين من غير ان يوكل بقبضه وذلك لايجوز لانه تمليك الوصف وهو الوجوب في الذمة والوصف
عرض لايقبل التمليك (وعلى هذا) الخلاف (اذا امره) اى امر الموكل الوكيل (ان يسلم
ماعليه او يصرفه) يعني لو قال اسلم مالي عليك الى فلان في كذا صح اتفاقا ولو قال الى من شئت فعلى
الخلاف وكذا اذا امره ان يصرف ماعليه والحاصل انه ان عين المسلم اليه ومن يعقد عقد الصرف
صح بالاتفاق وفي العناية وانما خصهما بالذكر لدفع ماعسى يتوهم ان التوكيل فيهما لايجوز لاشتراط
القبض في المجلس انتهى لكن فيه تأمل (ولو وكل عبدا ليشتري نفسه) اى نفس العبد المأمور
(له) اى للموكل (من سيده) بان قال فلان لعبد اشتر لي نفسك من سيدك بالف مثلا (فان قال) العبد
المأمور لسيده (بعني نفسي لفلان) بالف (فباع) السيد (فهو) اى العبد (له) اى للموكل
لان العبد يصلح لان يشتري نفسه لنفسه ويصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لكونه اجنبيا عن نفسه
في حكم المالية فاذا اضاف العقد الى الامر صلح شراؤه للامتثال فيقع للامر (وان لم يقل) العبد
(لفلان عتق) العبد لان المطلق يحتمل الوجهين احدهما هو الامتثال للامر والآخر هو التصرف
لنفسه فلايقع امتثالا بالشك فبقي التصرف واقعا لنفسه ثم اذا كان الشراء للامر فلابد من قبول العبد
بعد قول المولى بعت وان وقع للعبد يكتفي بقول المولى بعت بعد قوله بعني نفسي لان الواحد يتولى طرفي
العقد في العتق لا في البيع والثمن على العبد فيهما لا على الآمر (وان وكل العبد غيره ليشتريه من سيده
فان قال الوكيل للسيد اشتريته) اى ذلك العبد (لنفسه فباع) السيد على هذا الحكم (عتق) العبد
(على السيد وولاؤه) اى ولاء العبد (له) اى للسيد لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه
قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لاترجع اليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه والولاء
للمولى (وان لم يقل لنفسه) عند اشترائه (فهو) اى العبد (للوكيل) لكون قوله مطلقا
فيقع التصرف لنفسه (وعليه) اى على المشتري (ثمنه) اى ثمن العبد لكونه عاقدا (وما اعطاه
العبد) للوكيل (لاجل الثمن للمولى) لانه كسب عبده (واذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد
اشتريت لك عبدا فمات) اى العبد عندي (وقال الموكل) لا بل (اشتريته لنفسك فالقول للموكل
ان لم يكن) اى ان لم يوجد (دفع الثمن) الى الوكيل لانه يدعي الثمن على الموكل وهو ينكره فالقول
للمنكر (والا) اى وان وجد دفع الثمن (فللوكيل) اى فالقول للوكيل لانه امين فالقول للامين
مع اليمين وقد اجمل المصنف في هذه المسئلة فلابد من التفصيل لانه قال صاحب المنح وغيره ان
العبد ان كان معينا وهو حي فالقول للمأمور انه اشتراه لموكله لا لنفسه اجماعا سواء كان الثمن منقودا
اولا لانه اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر به في التحقق والثبوت يستغني عن الاشهاد فيصدق
وان كان ميتا والحال ان الثمن منقود فكذلك الحكم لان الثمن كان امانة في يده وقد ادعى الخروج عن
عهدة الامانة من الوجه الذي امر به فكان القول له وان لم يكن الثمن منقودا فالقول للموكل لانه
اخبر عما لايملك استينافه لان الميت ليس محلا لانشاء العقد به وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر
فالقول له وان كان غير معين وهو حي فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك

فالقول للمأمور ان كان الثمن منقودا لانه يخبر عما يملك استينافه وان لم يكن الثمن منقودا فالقول للآمر عند الامام وعندهما القول للمأمور لانه اخبر عما يملك استينافه فصح كما في المعين وله انه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيقبل قوله كما في المنح وغيره فعلى هذا عبارة المصنف قاصرة فالاولى ان يفصل تدبر (وللوكيل) بالشراء (طلب الثمن من الموكل) اذا اشترى وقبض المبيع (وان) وصلية (لم يدفعه) اى الثمن (الى البائع) اذ يجرى بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية ولهذا لو اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل على الوكيل بالعيب فيصير الوكيل بايعا من موكله حكما فيطلب الثمن من موكله سواء دفعه الى بايعه اولا (وحبس المشترى لاجله) اى للوكيل بالشراء حبس ما اشتراه من موكله لان يقبض ثمن المبيع وان لم يدفع الثمن الى بايعه لما علم ان المبادلة الحكمية تجرى بينهما وقال زفر ليس له الحبس لان الموكل صار قابضا بيده فحق الحبس يسقط وفي التنوير ولو اشتراه الوكيل بنقد ثم اجله البايع كان للوكيل المطالبة حالا (فان هلك قبل حبسه هلك على الآمر) اى ان هلك المشترى في يد الوكيل قبل ان يحبسه من موكله يهلك على مال الموكل لا الوكيل (ولا يسقط ثمنه) اى ثمن المبيع عن الموكل فيرجع الوكيل عليه لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده (وان) هلك المشترى في يد الوكيل (بعد حبسه) اى حبس الوكيل اياه (سقط) الثمن عند الطرفين لانه بمنزلة البايع منه وكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه (وعند ابي يوسف هو كالرهن) لانه مضمون بالحبس الاستيفاء بعد ان لم يكن وهو رهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وهنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به والحاصل ان عندهما يسقط الثمن بهلاكه وعند ابي يوسف يهلك بالاقل من قيمته ومن الثمن حتى لو كان الثمن اكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله وعند زفر يضمن جميع قيمته (وليس للوكيل بشراء معين شراؤه لنفسه) ولا لموكل آخر لانه يؤدى الى تغرير الآمر من حيث انه اعتمد ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه الا بمحضر من الموكل كما في الهداية والتعليل الاول يفيد عدم الجواز بمعنى عدم الحل كما في البحر وفسره الزيلعي بانه لا يتصور شراؤه لنفسه وهو مناسب للتعليل الثاني ولو اشتراه لنفسه عند غيبة الموكل ناويا او متلفظا وقع للموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فانه وقع للوكيل وعن هذا قال (فان شراه بخلاف جنس ما سمى) من الموكل له (من الثمن او بغير النقود) بان شراه بالعرض او بالحيوان (وقع) الشراء (له) اى للوكيل لانه خالف امره فنفذ عليه وظاهر قوله بخلاف الجنس يقتضى ان لا يكون مخالفا بما اذا سمى له ثمنا فزاد عليه او نقص عنه لكن ظاهر ما في الكافي للحاكم انه يكون مخالفا فيما اذا زاد لا فيما اذا نقص عنه لانه قال وان سمى ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر وكذلك ان نقص من ذلك الثمن ان لا يكون وصف له بصفة وسمى له ثمنا فاشترى بتلك الصفة باقل من ذلك الثمن فيجوز على الآمر (وكذا) يقع الشراء للتوكيل (ان امر) الوكيل (غيره فشراه الغير) اى الوكيل الثاني (بغيبته) اى بغيبة الوكيل الاول لمخالفة امر الآمر لانه مأمور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته (وان شراه) اى الوكيل الثاني (بحضرته) اى بحضرة الوكيل الاول (فللموكل) اى يقع شراؤه للموكل لانه يحضر رأيه حينئذ فلا يكون مخالفا بخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره فطلق الثاني او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضر رأيه (وفي غير المعين هو) اى الشراء للوكيل يعنى لو اشترى الوكيل بشراء شئ غير معين شيئا يكون الشراء للوكيل اذ الاصل ان يعمل لنفسه (الا ان اضاف العقد الى مال الموكل) بان قال اشتريت بهذا الالف وهو مال الآمر (او اطلق العقد) بان قال اشتريت فقط (ونوى) الشراء (له) اى للموكل فيكون للموكل في الصورتين

وفي الهداية هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الامر كان للامر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه اي في النقد تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو اي الجواب مطلق لاتفصيل فيه وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحال الوكيل على مايحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للامر فهو للامر وان نواها لنفسه فلنفسه وله ان يعمل للامر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ماذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد لان ماوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي حنيفة اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما تحتمل النية للامر فيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه انتهى (ويعتبر في السلم والصرف مفارقة الوكيل لا الموكل) فيبطل عقدهما بمفارقة الوكيل صاحبه قبل القبض لوجود الافتراق من غير قبض ولايبطل بمفارقة الموكل اذ القبض للعاقد وهو ليس بعاقد وماقيل من انه اذا حضر الموكل مجلس العقد لايعتبر مفارقة الوكيل ضعيف لكون الوكيل اصلا في الحقوق في البيع مطلقا كما في البحر قيد بالوكيل لان الرسول فيهما لايعتبر مفارقته لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح (ولو قال) الوكيل بالشراء (يعني هذا لزيد) اي لاجله (فباع ثم انكر المشتري كون زيد آمره) بعد اقراره بقوله لزيد (فلزيد اخذه) اي اخذ المبيع جبرا (ان لم يصدق انكاره) اي المشتري لان قول الوكيل يعني هذا لزيد اقرار منه بالوكالة فلايلتفت الى انكاره للتناقض (فان صدقه) اي زيد انكاره بان قال لم آمره بالشراء (لايأخذه زيد) جبرا لان اقرار المشتري ارتد برده (فان سلمه المشتري اليه) اي الى زيد (صح) لان البيع يوجد بينهما حكما لان الوكيل ولو فضوليا كالبايع والموكل كالمشتري فصار بيعا بالتعاطي (ومن وكل بشراء رطل لحم بدرهم فشرى رطلين بدرهم مما) اي من اللحم الذي (يباع رطل بدرهم لزم) في هذا البيع (موكله) من اللحم (رطل بنصف درهم) عند الامام قيل بما يباع رطل بدرهم لانه لو اشترى لحما لايباع رطل بدرهم بل اقل يكون الشراء واقعا للوكيل بالاجماع (او عندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (يلزمه) اي الموكل (الرطلان بدرهم) لانه امره بصرف الدرهم في اللحم وفعل المأمور وزاده خيرا فصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين وله انه مأمور بشراء رطل مقدر وليس بمأمور بشراء الزيادة فنفذ شراء رطل عليه وشراء رطل على الموكل بخلاف مااستشهدا به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له قيل ان محمدا هنا مع الامام في قول قيد بالموزونات لان في القيميات لاينفذ شئ على الموكل اجماعا كما في البحر وفي البزازية امره بان يشتري بعشرة دنانير فاشتراه بمأتي درهم وقيمة الدراهم مثل الدنانير لزم الموكل خلافا لمحمد وزفر ولو بعرض قيمتها مثل الدراهم لايلزم الآمر اجماعا (ولو وكل بشراء عبدين بعينهما) بلاذكر ثمنهما (فشرى) المأمور للامر (احدهما) اي احد العبدين بقيمته او بنقصان (جاز) عن الامر بالاجماع لان التوكيل مطلق فيجري على اطلاقه وقد لايتفق بينهما في الشراء الا فيما لايتغابن الناس فيه وهو الغبن الفاحش لان التوكيل بالشراء بالمتعارف والمتعارف فيما يتغابن فيه الناس فلهذا قلنا بقيمته او بنقصان (وكذا ان وكل بشرائهما) اي بشراء عبدين بعينهما (بالالف وقيمتهما سواء فشرى) المأمور (احدهما) اي احد العبدين (بنصفه) اي بنصف الالف (او باقل) من نصف الالف جاز لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان امرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة

الى خير فوقع عن الامر (وان) شرى (باكثر) من نصف الالف (لايجوز) اى لايقع عن الامر بل عن المأمور لانه مخالفة الى شرى قلت الزيادة اوكثرت وهذا عند الامام (وقالا يجوز) الشراء (باكثر ايضا) كما يجوز بنصفه او اقل (ان كان) شراؤه (بمايتغابن الناس فيه وقد بقى مايشترى بمثله الاخر) لان التوكيل مطلق فيحمل على المتعارف كما بيناه ولكن لابد ان يبقى من الالف باقيه يشترى بمثلها الباقى ليمكنه تحصيل غرض الامر (فان شرى) الوكيل (العبد الاخر بمابقى) من الثمن (قبل) وقوع (الخصومة) بينهما (جاز اتفاقا) لحصول المقصود وهو شراء العبدين بالالف (فان قال الوكيل بشراء عبد غير عين) اى غير معين (بالف) درهم (شريته) اى العبد (بالالف وقال الموكل) بل شريته (بنصفه) اى بنصف الالف وهو خمسمائة وليس لهما برهان (فان كان قد دفع الموكل اليه) اى الى الوكيل (الالف صدق الوكيل ان ساوى) قيمة العبد (الالف) لانه امين وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والموكل يدعى ضمان نصف مادفع اليه وهو منكر وان لم يساو قيمة العبد الالف بل يساوى نصفه صدق الموكل بلا حلف لانه امره بشراء عبد بالالف والمأمور اشترى بغبن فاحش والامر يتناول مايساويه فيضمن المأمور خمسمائة (وان لم يكن دفعها) اى دفع الموكل الالف الى الوكيل وباقى المسئلة بحالها (فان ساوى) قيمة العبد (نصفها) اى نصف الالف (صدق الموكل) بلا يمين لان المأمور خالف الامر (وان ساواها) اى ان ساوى قيمته الالف (تحالفا) لان الموكل هنا كالبايع والوكيل كالمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن فيجب التحالف ويفسخ العقد (والعبد للمأمور) فى الصورتين (وكذا فى معين لم يسم له ثمنا فشراه واختلفا فى ثمنه) يعنى اذا قال له اشتر هذا العبد لى ولم يسم ثمنا فاشتراه المأمور ثم اختلفا فى ثمنه فقال المأمور اشتريته بالف وقال الآمر بخمسمائة وليس لهما برهان يلزمه التحالف كما فى المسئلة الاولى فان نكلا فللوكيل وان نكل احدهما فلمن نكل (ولا عبرة لتصديق البايع) المأمور (فى الاظهر) قيل لان البايع ان استوفى الثمن فهو اجنبى عنهما وان لم يستوف فهو اجنبى عن الامر فلا مدخل له وهذا قول الامام ابى منصور وفى الهداية وهو الاظهر وفى الكافى هو الصحيح وقيل لاتحالف هنا لارتفاع الخلاف بتصديق البايع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه ابو الليث وقال قاضيخان وهو الاصح وفى التنوير ولو اختلفا فى مقدار الثمن الذى عينه له فقال الآمر امرتك بشرائه بمائة وقال المأمور بالف فالقول للآمر مع يمينه والعبد للمأمور فان برهنا قدم برهان المأمور ولو امره بشراء اخيه فاشترى الوكيل فقال الآمر ليس هذا باخى فالقول للامر مع يمينه ويكون الوكيل مشتريا لنفسه وعتق العبد على الوكيل لزعمه انه اخو الموكل وعتق على موكله فيؤاخذ بذلك كما فى البحر

﴿فصل﴾

فى بيان احكام من يجوز للوكيل ان يعقد معه ومن لايجوز (لايصح عقد الوكيل بالبيع او الشراء مع من ترد شهادته له) كاصله وفرعه وزوجه وزوجته وسيده وعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه عند الامام (وقالا يجوز) العقد (بمثل القيمة الا فى العبد والمكاتب) لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد الذى لادين عليه لانه بيع من نفسه لان مافى يد العبد للمولى وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة لان كل واحد منهم ينتفع بمال الاخر عادة فصار بيعا من نفسه من وجه ودخل فى البيع الاجارة والصرف والسلم فهو على هذا الخلاف الا اذا اطلق الموكل بان قال له بع ممن شئت فيجوز بيعه من هؤلاء المذكورين بمثل القيمة كما يجوز عقده معهم باكثر من القيمة بلا خلاف كما فى المنح وفى النهاية وان كان باقل منها بغبن فاحش لايجوز بالاجماع وان كان البيع بغبن يسير لايجوز عند الامام ويجوز عندهما وان كان بمثل القيمة فعن الامام

روايتان (والوكيل بالبيع يجوز بيعه) من غير هؤلاء (بما قل) من الثمن ولو غبنا فاحشا لان البيع بالغبن الفاحش معتاد عند الاحتياج الى النقد وبالكثير من القيمة (او كثر) وانما ذكره ليتناول كل بدل فان القلة امر اضافي فلم يكن ذكره استطراديا كما قيل (و) كذا يجوز بيعه (بالعرض) سواء قل او كثر من القيمة عند الامام لانه بيع مطلق وقد وجد به خاليا عن التهمة فيجوز (وقالا لا يجوز بيعه الا بمثل القيمة و بالنقود) اى لا يجوز بيعه من غير هؤلاء بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لا بالعرض عندهما لان المطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقع الحاجة والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولذا الوصدر من المريض يعتبر من الثلث وكذلك المقايضة فلا يتناوله مطلق اسم البيع قال ابو المكارم وبيع المضارب والمفاوضة وشريك العنان بغبن فاحش على هذا الخلاف واما بيع الولى كالاب والجد والوصى والقاضى لا يصح بالاقل الا بما يتغابن فيه بالاتفاق كما فى العمادية (ويجوز بيعه بالنسيئة) ان كان ذلك التوكيل بالبيع للتجارة عند الامام وان كان الاجل غير متعارف لما مر انه بيع مطلق خاليا عن التهمة فيجوز وعندهما لا يجوز الا بالاجل المتعارف لان المطلق ينصرف الى المتعارف وعند الائمة الثلاثة يجوز بثمن المثل وبنقد البلد حالا فان كانت النقود مختلفة يعتبر الاغلب وانما قيدنا للتجارة لانه او لم يكن لها بل كان لحاجة لا يجوز كالمرأة اذا دفعت غزلا الى رجل ليبيعه لها ويتعين النقد وفى المنح وبه يفتى مذكور فى الخلاصة وكثير من المعتبرات لان الموكل قال بعه فانى محتاج الى ثمنه وهو لو صرح بذلك لم يجز بيعه نسيئة كما فى النتف وينبغى ان يكون الحكم كذلك فى كل موضع قامت الدلالة على الحاجة انتهى وفى البحر او قال بعه الى اجل فباعه بالنقد قال السرخسى الاصح انه لا يجوز بالاجماع (ويجوز بيع نصف ما وكل ببيعه) كالعبد والفرس عند الامام لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع والافتراق فيعمل باطلاقه وعندهما والائمة الثلاثة لا يجوز لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لاندفاع الضرر قبل نقض العقد الاول وبهذا ظهر ان الخلاف فى الذى يتضرر بالتفريق والتقسيم والا يجوز كالبر والشعير اذ ليس فى تفريقه ضرر اصلا كما فى الاصلاح ولذا قلنا كالعبد والفرس (و) يجوز (اخذه) اى اخذ الوكيل بالبيع (بالثمن كفيلا او رهنا) للاستيثاق (فلا يضمن) الوكيل الثمن للموكل ولقيمة الراهن (ان توى) اى هلك (ما على الكفيل) من الثمن (او ضاع الرهن فى يده) اى الوكيل لان الوكيل اصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه فى قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن كما فى الهداية وفى المنح وهو مخالف لما فى الخلاصة من ان الوكيل بقبض الدين له اخذ الكفيل فيحمل كلام الهداية على اخذ الكفيل بشرط البراءة فهو حوالة لا يجوز للوكيل بقبض الدين قبولها كما صرح به فى البزازية والمراد بعدم الضمان عدمه للموكل والا فالدين قد سقط بهلاك الرهن اذا كان مثل الثمن بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ رهنا فضاع فانه لا يسقط من دين الموكل شئ ولا ضمان على الوكيل انتهى (ولو وهب الوكيل (الثمن من المشترى او ابرأه منه او حط منه) اى بعض الثمن (جاز) عند الطرفين (ويضمن الوكيل الثمن كله لموكله فى الحال (وعند ابى يوسف لا يجوز) كل من الهبة والابراء والحط اذ لا ملك له ولا امر له فيما فعل ولم يجز ولهما ان حقوق العقد راجعة الى العاقد وهذه التصرفات من حقوقه فيملكها ودفع الضرر حاصل بتضمينه فى الحال على وجه الكمال (وكذا الخلاف لو اجله) اى الثمن (او قبل به) اى بالثمن (حوالة) قال قاضيخان ولم يذكر التأجيل فى الاصل قيل يجوز التأجيل

في قول ابي يوسف ايضا كما لو باع بثمن مؤجل وقيل لايجوز واختاره المصنف فلذا قال وكذا الخلاف لواجله (ولواقاله) الوكيل بالبيع (صح) عقد الاقالة (وسقط الثمن) عن المشتري (ولزم) الثمن (الوكيل) عند الطرفين لانه عاقد فيصح تصرفه فيضمن الثمن للموكل قيدنا بالبيع لان الوكيل بالشراء لايملك الاقالة اتفاقا هذا اذا لم يقبض الثمن فلو قبضه ثم اقال لايصح وكذا اذا كان على الوكيل دين لرجل فاحاله عن المشتري ليأخذ الثمن ثم اقال لايصح كما في شرح المجمع (وعند ابي يوسف لايسقط عن المشتري) لانه اضرار للموكل فيبقى الثمن للموكل في ذمة المشتري الا ان الاقالة لما كانت عنده بيعا صار الوكيل مشتريا من المشتري المبيع فكان الوكيل مديونا للمشتري مثل الثمن الاول كما في شرح المجمع (والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة) او باقل منهما وهو ظاهر لايحتاج الى البيان (و) يجوز (بزيادة يتغابن بها وهي) اي الزيادة التي يتغابن بها (ما يقوم به مقوم) بان قومه عدل مثلا بعشرة وعدل آخر بتسعة فاشتراه بعشرة يدخل تحت تقويم مقوم وقدرو في العروض بزيادة نصف في العشرة وفي الحيوان بدرهم وفي العقار بدرهمين فهو الغبن اليسير فلزم الموكل وعن هذا قال (وقدر في العروض ده نيم و في الحيوان يازده وفي العقار ده دوازده) هذا فيما لم يكن له قيمة معلومة كالعبد والدواب وغيرهم واما ماله قيمة معلومة كالخبز واللحم وغيرهما فلايحتاج الى تقويم مقوم فلايدخل تحته حتى اذا زاد الوكيل بالشراء شيئا قليلا كالفلس لاينفذ على الموكل لظهور المخالفة وبه يفتى كما في البحر وغيره فعلى هذا لو قيد قوله وهو ما يقوم به مقوم بان لم يعرف سعره لكان اولى تدبر (لا بما لا يتغابن بها) اي لايجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش لجواز اشترائه لنفسه ثم اغلاء ثمنه يحوله على الآمر وهذه التهمة لاتوجد في الوكيل بالبيع اطلقه فشمل ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه فلا يملك الشراء بغبن فاحش وان كان لا يملك الشراء لنفسه لانه بالمخالفة يكون مشتريا لنفسه وكانت التهمة باقية كما في التبيين لكن في الهداية خلافه فانه قال حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لايملك شراؤه لنفسه وفي العناية ان ما في الهداية قول عامة المشايخ وبعضهم قال لاينفذ على الآمر تتبع (ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه جاز) عند الامام لما قررناه آنفا (وقالا لايجوز) بيعه بما يتعيب بالشركة كالعبد لا بما لايتعيب كالبر فانه يجوز بالاتفاق كما مر (الا ان باع الباقي قبل الخصومة) اي قبل الاختصام الى القاضي ونقض القاضي البيع فحينئذ يجوز لعوده الى الوفاق (وهو) اي جوازه ان باع الباقي قبل الخصومة (استحسان) عندهما وانما ذكر هذه المسئلة مع انها قد ذكرت فيما تقدم بقوله وبيع نصف ما وكل ببيعه جاز توطئة لقول الامامين والمسئلة التي تليها وهو التوكيل بشراء عبد لان المسئلة الاولى تذكر بلا خلاف فيتوهم انها متفق عليها فذكرها لدفع التوهم لكن الاولى ان يتركها فيما سبق وذكرها هنا جميعا كما وقع في الهداية تدبر (وان وكل بشراء عبد فاشترى نصفه لايلزم الموكل) لما فيه من ضرر الشركة (الا ان اشترى باقيه قبل الخصومة اتفاقا) لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين اثنين فينفذ على الموكل بالاتفاق والفرق للامام بين البيع والشراء ان الامر في البيع صادف ملكه فاعتبر فيه اطلاقه بخلاف الامر بالشراء وقال زفر يلزم الوكيل مطلقا اطلقه فشمل ما اذا كان العبد معينا اولا لانه خالفه بشراء نصف فلايلزم الموكل الا بعد شرائه فبهذا ظهر عدم صحة ما قيل ينبغي ان لايتوقف شراء النصف اذا كان التوكيل بشراء شيء بعينه تأمل (ولو رد المبيع) اي رد المشتري المبيع (على الوكيل بعيب بقضاء) اي بقضاء القاضي (رده) الوكيل (على آمره مطلقا) سواء كان بسبب البينة من قبل المشتري او بنكول الوكيل حين توجه عليه اليمين او اقرار الوكيل عند القاضي (فيما) اي في عيب (لايحدث مثله) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع

فلزم الامر فكذا باقرار فيما لايحدث مثله لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج ثم ان اشتراطها فيما كان تاريخ البيع مشتبها على القاضي اوكان العيب مما لايعرفه الاالنساء او الاطباء فان قولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لافي الرد فيفتقر الى احدى هذه الحجج للرد حتى لوعلم القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر لايحتاج الى شئ منها كما اذاكان العيب مما لايحدث اصلا كاصبع زائدة لاحاجة الى الحجة وانما قال بقضاء لانه ان كان الرد بغير قضاء ليس له الرد على الموكل ولاالخصومة معه كما في عامة روايات المبسوط (وكذا) يرد الوكيل على الامر (فيما) اى في عيب (يحدث مثله) في هذه المدة (ان كان) قضاء القاضي (ببينة اونكول عن يمين) لماتقدم آنفا (وان) كان قضاء القاضي (باقرار) الوكيل (فلا) يرده على آمره (ولزم الوكيل) لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر حق المقر دون غيره والوكيل غير مضطر اليه لانه يمكنه السكوت والنكول ولكن له ان يخاصم الموكل ان كان الرد عليه بقضاء فيلزمه ببينة او بنكول وان كان بغير قضاء ليس له ان يخاصم الموكل لانه فسخ للبيع بالتراضي فيكون بيعا جديدا في حق غيرهما والموكل غيرهما (ولو باع) الوكيل (نسئة) اى الى رجل (وقال الموكل امرتك بالنقد وقال) الوكيل لابل (اطلقت) اى امرتني بالبيع من غير تقييد بالنقد (صدق الموكل) مع اليمين لان الامر مستفاد من الامر ولامساعدة بدلالة اللفظ على ماقاله المأمور (وفي المضاربة) صدق (المضارب) لان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق فيعتبر قوله مع اليمين بخلاف مااذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال (ولايصح تصرف احد الوكيلين وحده فيما وكلابه) لعدم رضى الموكل الابرأيهما معا وفي المنح اطلقه فشمل مااذا كان احدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا اوصبيا محجورا عليه لكنه مقيد بما اذا وكلهما بكلام واحد امااذا كان توكيلهما على التعاقب فانه يجوز لاحدهما انفراد لانه رضي برأى كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل منهما بكلام على حدة حيث لايجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف على الاصح انتهى لكن في الشمني خلاف ما في المنح لانه قال لو باع احدهما والآخر حاضر يجوز ولوكان الآخر غائبا فاجاز لم يجز عند الامام خلافا لابي يوسف ولوكان احدهما صبيا اوعبدا محجورا فللآخر ان ينفرد بالتصرف ولومات احدهما اوزال عقله ليس له ذلك تتبع وفي الخانية رجل قال لرجلين وكلت احدكما بشراء جارية لي بالف درهم فاشترى احدهما ثم اشترى الآخر فان الآخر يكون مشتريا لنفسه ولواشترى كل واحد منهما جارية ووقع شراؤهما في وقت واحد كانت الجاريتان للموكل وعليه الفتوى كما في البحر (الافي خصومة) فان لاحدهما ان يخاصم وحده لان الاجتماع فيها متعذر لافضاء الشغب في مجلس القضاء خلافا لزفر والشافعي وظاهره انه اذا خاصم احدهما لم يشترط حضرة الآخر وهو قول العامة لعدم الفائدة بسماعها وهو ساكت كما في التبيين وغيره وبه ظهر ان ماذكره ابن ملك من اشتراط الحضرة ضعيف كما في البحر لكن لابد من مباشرة رأى الآخر حتى لو باشر احدهما بدون رأى الآخر لايجوز عندنا كماذكره العيني فعلى هذا يمكن حمل مافي ابن ملك على الرأى فيكون موافقا لقول العامة وهو اولى من الحمل على الضعف تدبر (ورد وديعة) وفي البحر ولوقال ورد عين لكان اولى فانه لافرق بين رد الوديعة والعارية والمغصوب والبيع الفاسد كما في الخلاصة لكن يمكن بان رد عارية وغصب داخل في رد وديعة حكما والبيع الفاسد في حكم الغصب فاكتفى بذكرها تدبر قيد بالرد للاحتراز عن الاسترداد فليس لاحدهما القبض بدون صاحبه (وقضاء دين وطلاق وعتق لاعوض فيهما) وكذا تعليق بمشية الوكيلين وتدبير وتسليم هبة كما في التنوير لانه مما لايحتاج الى الرأى و يعتبر المثنى فيه كالواحد هذا اذا كان التوكيل بطلاق واحدة معينة وعتق معين لانه

لو وكلهما بطلاق واحد بغير عينها او عتق عبد بغير عينه لاينفرد احدهما كما فى السراج لانه مما يحتاج الى الرأى وقيد بلا عوض فيهما لانه لوكان الطلاق والعتق بعوض لم ينفرد احدهما الااذا اجازه الموكل اوالوكيل وفى البحران الوكالة والوصاية والمضاربة والقضاء والتولية على الوقف سواء فليس لاحدهما الانفراد (وليس للوكيل ان يوكل) غيره لانه فوض اليه التصرف دون الوكيل به اذ رضى برأيه دون رأى غيره لوجود التفاوت فى الآراء (الاباذن مؤكله) لتحقق رضائه (يقوله) اى يقول الموكل للوكيل (اعمل برأيك) لاطلاقه التفويض الى رأيه واستثنى صاحب التنوير من الاستثناء الاول فقال الافى دفع زكوة وفى قبض دين بمن فى عياله وعند تقدير الثمن من الوكيل لوكيله فان تصرف وكيل الوكيل بدون الاذن جائز فيها (فان اذن) الموكل بالتوكيل (فوكل) الوكيل غيره (كان) الوكيل (الثانى وكيل الموكل الاول لا الثانى) ثم فرعه بقوله (فلا ينعزل) الوكيل الثانى (بعزله) اى بعزل الموكل الثانى (ولا) ينعزل (بموته) اى بموت الموكل الثانى قال المولى سعدى ينبغى ان يملك عزله فيما اذا قال الموكل اعمل برأيك انتهى وفيه كلام لان الوكيل مأمور باعمال رأيه وقد عمل بان يوكل غيره فتم الامر فلا يملك العزل لان العزل الرجوع عن الرأى الاول وليس فى قوله اعمل برأيك مايدل على هذا بخلاف ما اذا قال اصنع ماشئت لان فيه مايدل على العموم فيملك العزل تدبر (وينعزلان) اى الوكيل الاول والثانى (بموت) الموكل (الاول) لان الموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه (وان وكل) الوكيل غيره (بلا اذن) من الموكل (فعقد) الوكيل (الثانى بحضرته) اى بحضرة الوكيل الاول (جاز) عقده لان المقصود حضور رأيه وقد حضر وظاهر العبارة الاكتفاء بالحضرة من غير توقف على الاجازة وهذا قول البعض والعامة على انه لابد من اجازة الوكيل اوالموكل وان حضرة الوكيل الاول لاتكفى والمطلق من العبارات محمول على الاجازة كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قال فاجازه مكان قوله بحضرته لكان اولى تدبر (وكذا لو عقد) الوكيل الثانى (بغيبته) اى بغيبة الاول (فاجازه) اى اجاز الوكيل عقده جاز ولو اكتفى بقوله فعقد الثانى بحضرته اوبغيبته فاجازه جاز لكان اخصر واولى لان الحكم فيهما موقوف على الاجازة على قول العامة كما بين قبيله تدبر قيد بالعقد احترازا عن الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره وطلق الثانى بحضرة الوكيل الاول اوطلق الاجنبى فاجاز الوكيل فانه لايقع وكذا الابراء والخصومة وقضاء الدين كما فى المنح (او ان كان) الوكيل الاول (قدر الثمن) للثانى فعقد الثانى بغيبته جاز لان الاحتياج فيه الى الرأى لتقدير الثمن وقد حصل كما فى العناية (ولايجوز لعبد او مكاتب التصرف فى مال طفله ببيع او شراء ولا تزويجه) لانتفاء ولايتهما بالرق (وكذا الكافر فى حق طفله المسلم) لانتفاء ولايته بالكفر والاصل ان من لاولاية له على غيره لم يجز تصرفه فى حقه يقال حكم المستأمن والحربى والمرتد يعلم من حال الذمى دلالة ولذا بين حاله دون غيره من الكفار وقيل تصرف المرتد موقوف بالاتفاق لتردد الملة فى حقه فان اسلم نفذ وان قتل لا

﴿باب الوكالة بالخصومة والقبض﴾ اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار مايجب استيفاؤه ممن هو فى ذمته وذلك فى الاغلب يكون لمطالبة المبيع او الثمن (للوكيل بالخصومة القبض) عند ائمتنا الثلاثة لان من ملك شيئا ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض (خلافا لزفر) لان القبض غير الخصومة فلا يكون الوكيل به وكيلا بها اذ يختار الموكل للقبض امن الناس وللخصومة الح الناس (والفتوى اليوم على قوله) اى على قول زفر وهو قول الائمة الثلاثة لان من يؤتمن على الخصومة من لايؤتمن على المال لظهور الخيانة فى الوكلاء فى هذا الزمان افتى بذلك الصدر الشهيد وكثير من مشايخ بلخ وسمرقند وغيرهم ولذا اشار الى خلاف زفر عند ائمتنا الثلاثة لقوة قوله فى هذا المقام وفى التنوير الوكيل بالخصومة اذا ابى لايجبر عليها

الا اذا كان وكيلا بالخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه بخلاف الكفيل (ومثله) اى مثل الوكيل بالخصومة (الوكيل بالتقاضى) يعنى ان الوكيل بالطلب مثل الوكيل بالخصومة فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه فى معناه وضعا يقال اقتضيت حقى اى قبضته فانه مطاوع قضى الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك كما فى الهداية وفى الغاية ان الوكيل بتقاضى الدين يملك القبض اتفاقا فى جواب كتاب الوكالة لكن فتوى المشايخ على ان لا يملك لفساد الزمان انتهى فعلى هذا ظهر عدم فهم ما قيل من انه قال صاحب الاختيار والوكيل بالتقاضى يملك القبض بالاجماع لانه لا فائدة للتقاضى بدون القبض فيلزم التأمل فى قوله بالاجماع مع ان الخلاف مصرح فى سائر الكتب لان ما قاله صاحب الاختيار على رواية الاصل والفتوى لفساد الزمان فلا خلاف بالاتفاق على رواية الاصل لما فى السراجية الوكيل بالتقاضى وكيل بالقبض فى ظاهر الرواية والفتوى على انه ينظر ان كان التوكيل بذلك فى بلد كان العرف بين التجار ان المتقاضى هو الذى يقبض الدين كان توكيلا بالقبض والا فلا تدبر وفى التنوير ورسول التقاضى يملك القبض لا الخصومة اجماعا ولا يملك الخصومة والقبض وكيل الملازمة كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح وكذا عكسه (وللوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض) عند الامام (خلافا لهما) وهو قول الائمة الثلاثة ورواية عن الامام لانه ليس كل من يصلح للقبض يعرف الخصومة و يهتدى الى المحاكمة فلا يحصل الرضى من الموكل وله انه وكله باخذ الدين من ماله لان قبض نفس الدين لا يتصور واذا قلنا الديون تقضى بامثالها لان المقبوض ملك المطلوب حقيقة وبالقبض يتملك بدلا عن الدين فيكون وكيلا فى حق التمليك ولا ذلك الا بالخصومة وثمرته ما اذا اقام الخصم البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده خلافا لهما قيد بقوله قبل القبض لانه بعد القبض لا يكون له الخصومة اتفاقا وفى التنوير امره بقبض دينه وان لا يقبضه الا جميعا فقبضه الا درهما لم يجز قبضه على الآمر وللآمر الرجوع على الغريم بكله ولو لم تكن للغريم بينة على الايفاء فقضى عليه بالدين وقبضه الوكيل فضاع من الوكيل ثم برهن على الايفاء فلا سبيل للمقضى عليه على الوكيل وانما يرجع على الموكل (وللوكيل باخذ الشفعة الخصومة قبل الاخذ اتفاقا) حتى لو اقام المشترى البينة على الوكيل على ان الموكل سلمها تقبل وتبطل الشفعة واما بعد الاخذ بالشفعة فليس له الخصومة (وكذا الوكيل بالرجوع فى الهبة) اى له الخصومة حتى لو اقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب العوض تقبل ويبطل الرجوع (او بالقسمة) يعنى للوكيل بالقسمة الخصومة حتى اذا وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه فاقام الشريك البينة على الوكيل بان الموكل قبض نصيبه تقبل (والرد بالعيب) على البايع حتى اذا اقام البايع البينة على الوكيل بان الموكل رضى بالعيب تقبل (وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته) يعنى له الخصومة واما قبل مباشرة الشراء لا يكون له الخصومة وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا وهو اصل فيها فيكون خصما فيها (وليس للوكيل بقبض العين الخصومة) بالاجماع لانه امين محض بقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول ثم فرعه بقوله (فلو برهن ذو اليد على الوكيل بقبض عبد ان موكله باعه منه تقصر يد الوكيل) عنه (ولا يثبت البيع فيلزم) على ذى اليد (اعادة البينة اذا حضر الموكل) او من يقوم مقامه لان البينة قامت على من لا يكون خصما والقياس فيه دفع العبد الى الوكيل لعدم قبول حجة ذى اليد لقيامها على من ليس بخصم فلم يعتبر وجه الاستحسان ان الوكيل خصم فى حق قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده فتقام الحجة ثانيا على البيع اذا حضر الخصم (كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة او العبد) يعنى اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق او اقام العبد البينة على العتاق على الوكيل بنقلهما الى موضع تقبل هذه البينة استحسانا فى قصر يد الوكيل عنهما حتى يحضر الخصم منكرا (ولا يثبت الطلاق والعتق لو برهنا) اى المرأة والعبد (عليهما) اى على الطلاق والعتاق

(بلا حضور الموكل) لما مر انهما اقاما حجة على وكيل غير خصم ولذا وجب اعادتها لو حضر موكله بخلاف قصر اليد (واقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي) بغير الحدود والقصاص (صحيح) سواء كان وكيلا من قبل المدعي فاقر بالقبض او من قبل المدعى عليه فاقر بثبوت الحق وفيه اشعار بانه لو انكره ذلك الوكيل صح بالطريق الاولى وبانه لو استثنى الاقرار صح وصار وكيلا بالانكار كما لو استثنى الانكار صار وكيلا بالاقرار وفي الصغرى لو استثنى الاقرار بحضرة الطالب صح والا لا وقال محمد انه ايضا يصح كما في القهستاني وفي البزازية لو وكله غير جائز الاقرار صح ولم يصح الاقرار في الظاهر او موصولا ولا في الاقضية ولا مفصولا ايضا (لا عند غير القاضي) اي ان كان اقراره عند غير القاضي فشهد به الشاهدان عند القاضي فانه غير صحيح استحسانا عند الطرفين (خلافا لابي يوسف) اي يصح عند غير القاضي عنده لان الموكل اقام مقام نفسه مطلقا وهو يقتضي ان يملك ما يملكه الموكل وهو يملك الاقرار عند غير القاضي كذا وكيله وعند زفر والشافعي وهو قول ابي يوسف اولا لا يصح اصلا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضادها لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا فيتضمن الاقرار والموكل يملك الاقرار كذا يملك وكيله عند القاضي لكونه جواب الخصم وهو لا يكون معتبرا الا بمجلس القضاء اذ وراء مجلسه يفضي الى المجادلة والمجاذبة وهو لم يوكل بذلك فحينئذ لا يكون وكيلا (لكن لو برهن عليه) اي على الوكيل هذا استدراك من قوله لا عند غير القاضي فلذا لو ذكر عقيبه لكان انسب تدبر (انه اقر في غير مجلس القضاء خرج من الوكالة ولا يدفع اليه المال) اي لا يؤمر المدعى عليه بدفع المال الى الوكيل لانه لا يصح بعد ذلك المناقضة ولانه زعم انه مبطل في دعواه (كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح) اقرارهما (ولا يدفع اليه) اي الاب او الوصي (المال) يعني اذا ادعى الاب او الوصي شيئا للصغير فانكر المدعى عليه فصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقراره لا يصح لان له ولاية نظرية وذلك بان يحفظ ماله ويتصرف فيه على الوجه الاحسن والاقرار لا يكون حفظا ولا يؤمر المدعى عليه بدفع المال اليه لانه لا يصح دعواه وينصب وصي آخر ويؤمر بدفع المال اليه لو ثبت (ولا يصح توكيل رب المال كفيله بقبض ما على المكفول عنه) كما لو وكله بقبضه من نفسه او عبده او وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه فانه غير صحيح لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبريا لنفسه فتنعدم بانعدام لازمه كما في الهداية وفي العناية سؤال وجواب فليراجع وفي التنوير الوكيل بقبض الدين اذا كفل صح وبطل الوكالة بخلاف العكس وكذا كل ما صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته تقدمت كفالته او تأخرت (ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الدين امر بالدفع اليه) لان تصديقه بمن قال انا وكيل الغائب بقبض دينه اقرار على نفسه لان ما يدفعه خالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها (فان صدقه صاحب الدين) اي اذا حضر الموكل وصدق الوكيل في دعواه الوكالة فلا كلام لحصول المقصود (والا) اي وان لم يصدقه (امر) اي امر الغريم (بالدفع اليه) اي الى صاحب الدين (ايضا) اي كما امر بالدفع الى الوكيل لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ان لم يجز الاستيفاء حال قيامه (ورجع) الغريم (به) اي بما دفعه (على الوكيل ان لم يهلك في يده) اي رجع الغريم به ان كان ما دفعه اليه باقيا في يد الوكيل لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه ويأخذ ما يجده ولو كان بقاؤه حكما بان استهلكه الوكيل فانه باق ببقاء بدله (وان هلك) اي المقبوض في يد الوكيل (لا)

اى لايرجع فيما هلك لانه بتصديقه اعترف انه محق فى القبض فيكون امينا وهو لا يكون ضمينا
او لانه مظلوم فى اخذ الموكل ثانيا والمظلوم لايظلم غيره (الا ان كان ضمنه عند دفعه) فحينئذ
يرجع على الوكيل بمثل مادفعه قيل روى ضمنه بالتشديد وبعدمه فالمعنى بالتشديد الا اذا كان جعل
الغريم الوكيل ضامنا بان قال عند دفعه ان حضر الغائب وانكر وكالتك واخذمنى ثانيا فانت
ضامن بهذا المال فقال انا ضامن وبعدم التشديد الا اذا كان الوكيل بان قال عند دفعه ان حضر
الغائب وانكر التوكيل واخذمنه ثانيا فانى ضامن بهذا المال فيصير الوكيل كفيلا بمال قبضه الداين
المنكر ثانيا لان اضافة الضمان الى زمان القبض جائز لابمال قبضه الوكيل اولا لانه امانة فى يده
بتصادقهما على انه وكيل والامانات لاتجوز بها الكفالة وظاهر المتن انه لارجوع على الوكيل
حالة الهلاك الا اذا ضمن وليس كذلك بل الحكم كذلك لوقال له قبضت منك على انى ابرأتك من الدين
كما فى التنوير (اودفع اليه على ادعائه) حال كونه (غير مصدق وكالته) سواء كان مكذبا اوساكتا
فانه يرجع عليه لانه انمادفع له على رجاء الاجازة فانقطع رجاؤه رجع عليه وفى التنوير فان ادعى
الوكيل هلاكه اودفعه لموكله صدق بحلفه وفى الوجوه كلها ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب
(ومن صدق مدعى الوكالة بقبض الامانة لا يؤمر بالدفع اليه) لان تصديقه اقرار بمال الغير
اولانه مأمور بالحفظ لابالدفع بخلاف الدين فاذا لم يصدقه لا يؤمر بالدفع اليه بالاولى وفى المنح
تفصيل فليراجع (وكذا) اى مثل ماذكر من الحكم (لو صدق فى دعوى شرائها من المالك)
يعنى لوادعى انه اشترى الوديعة من مالكها وصدق المودع لم يؤمر بدفعها اليه لانه مادام حيا
كان اقراره بملك الغير لانه من اهله فلايصدقان فى دعوى البيع عليه (ولوصدق فى ان المالك مات
وتركها) اى الوديعة (ميراثاله امر بالدفع اليه) اذا لم يكن على الميت دين مستغرق فلوا نكر موته
اوقال لاادرى لايؤمر بالتسليم اليه مالم تقم البينة هذه المسئلة قدتقدمت فى اواخر القضاء فكان
ذكرها هنا تكرارا تدبر (ولوادعى المديون على الوكيل بقبض الدين استيفاء الداين ولابينة له)
اى للمديون على استيفاء الدين (امر بدفعه اليه) اى امر الغريم بدفع المال الذى عليه الى
الوكيل لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق وقد جعلوا دعواه
الايفاء لرب الدين جوابا للوكيل اقرارا بالدين وبالوكالة والا لما اشتغل بذلك كما اذا طلب من الداين
وادعى الايفاء فانه يكون اقرارا بالدين وكما اذا اجاب المدعى ثم ادعى الغلط فى بعض الحدود فانه
لايقبل لان جوابه تسليم للحدود كما فى المنح (ولايستحلفه) اى الوكيل (انه مايعلم استيفاء موكله)
الدين لانه نائب عن الموكل والنائب لايجرى عليه الحلف خلافا لزفر (بل يتبع) الغريم بعد
مادفع المال الى الوكيل (رب الدين ويستحلفه) اى رب الدين (انه مااستوفى) فان حلف بقى
الحكم على حاله ولونكل بطل الحكم فيسترد منه ماقبض (ولوادعى البايع على وكيل الرد بالعيب
ان موكله رضى به) اى بالعيب (لايؤمر بدفع الثمن قبل حلف المشترى) والفرق بين هذه
وما تقدم من مسئلة الدين ان التدارك ممكن هنالك باسترداد ماقبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عن
نكوله فههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند الامام كما هو
مذهبه فى العقود والفسوخ ولايستحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لايفيد واما عندهما فيجب
ان يتحد الجواب فى الفصلين ولايؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح
عند ابى يوسف ان يؤخر فى الفصلين وفى المنح فلوردها الوكيل على البايع بالعيب فى هذه المسئلة
فحضر الموكل وصدقه على الرضى كانت له لاللبايع عند الكل على الاصح (ومن دفع) اليه (رجل
اخر عشرة) دراهم ينفقها على اهله (فانفق عليهم) اى على اهله (عشرة) اخرى (من عنده
فهى بها) اى العشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء وحكمه كذلك قيل هذا

استحسان وفى القياس وهو قول الائمة الثلاثة ليس له ذلك فيصير متبرعا لانه خالف امره وقيل القياس والاستحسان فى قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الانفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه كما فى الاصلاح وظاهر كلامه انه انفق دراهمه مع بقاء دراهم الموكل ولذا قال فى النهاية هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت الانفاق وكان يضيف العقد اليها او يطلق اما اذا كانت مستهلكة او اضاف العقد الى عشرة نفسه يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين فى الوكالة وفى التنوير وصى انفق من ماله ومال اليتيم غائب فهو اى الوصى متطوع فى الانفاق الا ان يشهد على ان ما نفقه فرض عليه او انه يرجع عليه فلا يكون متطوعا وله ان يرجع

﴿ باب عزل الوكيل ﴾

وجه تأخيره ظاهر (للموكل عزل وكيله) عن الوكالة لانها حقه فله ان يبطله (الا اذا تعلق به) اى بالوكيل (حق الغير كوكيل الخصومة بطلب الخصم) فلا يملك عزله فيصير كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن ومال الوقف وفيه اشارة الى انه لو علق وكالته بالشرط ثم عزله قبل وجوده صح وعليه الفتوى كما فى القهستانى والى انه بطل تعليق العزل بالشرط (و يتوقف انعزاله) اى انعزال الوكيل (على علمه) اى علم الوكيل ثم فرعه بقوله (فتصرفه) اى تصرف الوكيل (قبله) اى قبل العلم بانعزاله (صحيح) لان فى انعزاله بغير علم اضرارا به اذ ربما يتصرف على انه وكيل فيلحقه العهدة وكذا لو عزل الوكيل نفسه لا يجوز بدون علم الموكل وعند الائمة الثلاثة ينعزل الوكيل بلا علم منه الا فى قول عنهم ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم اوكلك لا يكون عزلا الا ان يقول والله لا اوكلك بشئ ويثبت العزل من الوكالة بمشافهة كقوله عزلتك واخرجتك عن الوكالة وبكتابه وارساله رسولا عدلا او غير عدل حرا او عبدا صغيرا او كبيرا اذا قال الرسول الموكل ارسلنى اليك لابلغك عزله اياك عن وكالته ولو اخبره فضولى بالعزل فلا بد من احد شرطى الشهادة اما العدد او العدالة وفى الدرر قال وكلتك بكذا على انى متى عزلتك فانت وكيلى فانه اذا عزله لم ينعزل بل كان وكيلا له ويسمى هذا وكيلا دوريا لو اراد عزله بحيث يخرج عن الوكالة يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك فانه ينعزل ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلى لا يكون معزولا بل كلما عزل كان وكيلا فاذا اراد ان يعزله يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن المنجزة فحينئذ ينعزل لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه كما فى التبيين وفى التنوير وكله بقبض الدين ملك عزله ان بغير حضرة المديون وان وكله بحضرته لا الا اذا علم به المديون فلو دفع المديون دينه الى الوكيل قبل علمه بعزله يبرأ (وتبطل الوكالة بموت الموكل) هذا اولى من عبارة الوقاية بموت احدهما لانه قال صاحب الدرر ولما لم يكن لذكر الوكيل هنا فائدة تركته لكن يمكن ان يقال ان الوكيل لو مات لحق الرد بالعيب لوارثه او وصيه وان لم يكن فللموكل فى رواية ولوصى القاضى فى اخرى كما فى القهستانى ففيه فائدة (وجنونه) اى جنون الموكل وكذا جنون الوكيل (مطبقا) اى مستوعبا (وحده) اى حد المطبق (شهر عند ابى يوسف) وكذا عند الامام فى قول وعليه الفتوى كما فى المضمرات (وحول عند محمد) وكذا عند الامام فى قول (وهو المختار) لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكوة فقدر به احتياطا (و) تبطل (بلحاقه) اى لحاق الموكل (بدار الحرب مرتدا) عند الامام لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة (خلافا لهما) فان تصرفاته نافذة عندهما الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق فلو عاد من دار الحرب مسلما ولم يحكم بلحاقه تعود الوكالة عندهم وان حكم ثم عاد تعود الوكالة عند محمد خلافا لابى يوسف كما فى القهستانى وفى المنح فظاهر كلام الكنز وغيره من المتون ان كل وكالة تبطل بموت الموكل وجنونه وليس كذلك بل لا بد من استثناء مسائل من هذا الاصل فقال الا اذا وكل الراهن العدل او المرتهن ببيع المرتهن عند حلول الاجل

فلا ينعزل بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالامر باليد والوكيل ببيع الوفاء وتمامه فيه فليراجع (وكذا) تبطل وكالته (بعجز موكله) حال كون الموكل (مكاتبا) اى اذا وكل مكاتب وكيلا بالبيع مثلا ثم صار رقيقا بعجزه عن اداء بدل الكتابة بطل وكالة وكيله لانه وقع تصرفه فى مال الغير بلا امره (وحجره) اى حجر الموكل حال كونه (عبدا مأذونا) ولا فرق فيه بين العلم وعدمه لانه عزل حكمى فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه موكله وفى القهستانى وانما فصل بكذا للتنبيه على العامل البعيد لا للظن ان فى ما بعده لم يشترط علم الوكيل وفيه اشعار بان المكاتب والمأذون اذا وكل رجلا بالتقاضى او الخصومة لم تبطل وكالته بالعجز او الحجر كما فى النهاية (و) تبطل الوكالة فى حق من لم يوكل صريحا من الشريكين بسبب (افتراق) هذين (الشريكين) عن الشركة اى يثبت عزل الوكيل بافتراقهما ولا يتوقف على علم الوكيل لما مر انه عزل حكمى والعلم شرط للعزل الحقيقى واطلاقه شامل ما اذا افترقا ببطلان الشركة بهلاك المالين او احدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به فتبطل الوكالة الضمنية واما اذا وكل الشريكان او احدهما وكيلا للتصرف فى المال فلو افترقا فانعزل فى حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن فى التوكيل وتمامه فى البحر فليطالع (وتصرف) هو بالجر اى وكذا تبطل الوكالة بتصرف الموكل (فيما وكل به) تصرفا يعجز الوكيل عن الامتثال به كما اذا وكله باعتاق عبده او كتابته او تزويج امرأة او شراء شئ او طلاق او خلع او بيع عبد فاعتق او كاتب او زوج او طلق ثلثا او واحدة ومضت عدتها او خالعها او باع بنفسه فان الموكل لو فعل واحدا منها بنفسه عجز الوكيل عن ذلك الفعل فتبطل الوكالة ضرورة حتى ان الموكل اذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لامكان تنفيذ ما وكل به ولو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لزوال حاجته بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وابانها حيث يكون له ان يزوج الموكل لان الحاجة باقية كما فى الدرر وفى المنح وتعود الوكالة اذا عاد الى الموكل قديم ملكه فلو وكله بالبيع فباعه الموكل ثم رد عليه بما هو فسخ فالوكيل على وكالته وان رد بما لا يكون فسخا لا تعود الوكالة كما لو وكله فى هبة شئ ثم وهبه الموكل ثم رجع فى هبته لم يكن للوكيل الهبة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او آجره فسلمه فهو على وكالته فى ظاهر الرواية ولو وكله ان يواجر داره ثم آجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت الاجارة يعود على وكالته ولو وكله ببيع داره ثم بنى فيها فهو رجوع عنها عند الطرفين لان التخصيص والوصية بمنزلة الوكالة او بقى اثر ملكه كما لو طلق امرأته فهى فى العدة فان تصرف الوكيل غير متعذر بان يوقع الثانى فى العدة وهى اثر ملكه كما تقدم انتهى اكن فى قوله او بقى شيئان الاول انه معطوف على قوله عاد وهو ظرف للعود ولا عود فى صورة بقاء الاثر والثانى انه يلزم التكرار بما سبق من قوله وبتصرفه بنفسه كما لو طلق امرأته فهى فى العدة الى آخره تدبر (ولا يشترط فى الموت وما بعده) من الجنون واللحاق والعجز وافتراق الشريكين وتصرف الموكل فيما وكل به (علم الوكيل) لما مر ان العلم شرط للعزل القصدى لا للعزل الحكمى كما فى اكثر المعتبرات قال يعقوب باشا وههنا كلام وهو ان فى الكافى مسئلة تدل على اشتراط العلم فى العزل الحكمى ايضا وتمامه فيه فليطالع

﴿كتاب الدعوى﴾

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة هى واحدة الدعاوى بفتح الواو وكسرها قال بعضهم الفتح اولى وقال بعضهم الكسر اولى ومنهم من سوى بينهما وفى الكافى يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعى وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ والمصدر الادعاء افتعال من دعا والدعوى على وزن فعلى اسم منه والفها للتأنيث فلا ينون يقال دعوى باطلة او صحيحة وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى والدعوى فى الحرب ان يقول الناس يا لفلان انتهى ثم اعلم انها مشروعة بالكتاب والسنة واجماع الامة (هى) اى الدعوى فى اللغة عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه حال المسالمة او المنازعة مأخوذ من قولهم ادعى

اذا اضاف الشيء الى نفسه بان قال لي ومنه دعوة الولد وفي الشرع يراد به اضافة الشيء الى نفسه حالة المنازعة لاغير كما في المبسوط وقيل هي في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي الشرع ما اختاره المصنف تبعا للوقاية بقوله (اخبار) عند القاضي اوالحكم فانه شرط كما في الكافي وغيره (بحق) معلوم فانه شرط (له) اى للمخبر (على غيره) اى على غير المخبر الحاضر لما في التنوير وغيره وشرطها بمجلس القاضي وحضور خصم ومعلومية المدعى وكونها ملزمة وكون المدعى مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة انتهى فعلى هذا اطلاق المصنف لايخلو عن شيء كما في القهستاني الا ان يقال عدم تقييده بالحضور لكون حضور مجلس القاضي مأخوذا في مفهوم الدعوى وهي مطالبة حق عند من له الخلاص ولئلا يخرج عن التعريف بلا تكلف الدعوى الصادرة عن صاحب كتاب القاضي الى القاضي في مجلس القاضي الكاتب فانه دعوى صحيحة حتى يكتب في الكتاب عقب الاشهاد بالدعوى الصحيحة الصادرة الى آخره مع انه اخبار بحق له على غيره وليس بحاضر واما عدم تقييده بمجلس القضاء فلانه جعله شرطا وشرط الشيء خارج عن ذلك الشيء تأمل (والمدعى) شرعا (من لايجبر) اى لايكره (على) هذه (الخصومة) اى المخاصمة وطلب الحق فلا يشكل بما كان فيه مخاصما من وجه آخر كما اذا قال قضيت الدين بعد الدعوى فانه لايجبر على هذه الخصومة اذا تركها (والمدعى عليه من يجبر) على هذه الخصومة والجواب لكونه منكرا معنى ولو مدعيا صورة ولذا قال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهو الصحيح اذ الاعتبار للمعاني فلا يشكل بوصي اليتيم فانه مدعى عليه معنى فيما اذا اجبر القاضي على الخصومة لليتيم كما في القهستاني وانما عرفهما بذلك وعدل عما يقتضي التعريف اشارة الى اختلاف المشايخ فيهما فقيل المدعى من اذا ترك ترك والمدعى عليه خلافه وهذا حاصل ما ذكر في هذا المتن قال ابو المكارم والتعريف المذكور وان كان تاما صحيحا كما قال في الهداية لكنه تعريف له بما هو حكمه انتهى وقيل المدعى من لاحجة له عليه والمدعى عليه خلاف هذا ولذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعى النبوة ولايقال لرسولنا عليه الصلاة والسلام وقيل المدعى من لايستحق الا ببينة والمدعى عليه من يكون مستحقا بلا حجة اذ بقوله هو لي يكون له على ما كان ما لم يثبت المدعى استحقاقه قيل المدعى من يلتمس خلاف الظاهر وهو الامر الحادث والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر كالعدم الاصلي انتهى اذ لايعرض على من له اليد حق المدعى بمجرد دعواه كما لايعرض الوجود على العدم الاصلي فلم يلزم عليه ما قال بعض الفضلاء ومنهم من قال المدعى من يلتمس خلاف الظاهر ولا يلزم ان يكون امرا حادثا والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ولا يلزم ان يكون عدما اصليا انتهى لان المراد بالامر الحادث كونه محتاجا الى الدليل في ظهوره ووجوده وبالعدم الاصلي عدم كونه محتاجا اليه اصلا فالمودع الذي يدعى رد الوديعة الى المودع لايكون مدعيا حقيقة وكذا لايكون المودع بانكاره الرد منكرا حقيقة لانه بانكاره يدعى شغل ذمة المودع معنى وكذا المودع بادعائه الرد ينكر الشغل معنى ليفرغ ذمته عن الضمان فيجبر على الخصومة فيما انكره معنى من الضمان لكونه مدعى عليه فيصدق قوله مع اليمين اذ الاعتبار للمعاني دون الصور كما في شرح الوقاية لابن الشيخ (ولاتصح الدعوى الا بذكر شيء) اى قول دين او عين (علم جنسه) اى جنس ذلك الدين كالدراهم والدنانير والحنطة وغيرها (وقدره) مثل كذا وكذا درهما او دينارا او كرا قيل لابد ايضا من ذكر وصفه بانه جيد او ردي في دعوى الدين اذ هو يعرف به لان الزام الخصم بالمجهول عند قيام البرهان متعذر وكذا الشهادة والقضاء غير ممكن بخلاف العين كما سيجيء وفيه اشارة الى انه لو كتب صورة الدعوى بلا عجز عن تقريرها لم تسمع كما في القهستاني فان عجز عن الدعوى عن ظهر القلب فكتب فتسمع كما في الخزانة (فان كان) المدعى عليه (دينا) اى حقا في الذمة (ذكر) المدعى (انه يطالبه به) اى ان المدعى يطالب

المدعى عليه بالدين لان فائدة الدعوى اجبار القاضى المدعى عليه على ايفاء حق المدعى وليس للقاضى ذلك الا اذا طالبه به فامتنع (وان كان) المدعى (عينا نقليا) اى منقولا (ذكر) المدعى (انها) اى العين (فى يد المدعى عليه بغير حق) دفعا لاحتمال ان يكون مرهونا او محبوسا بالثمن فى يده قال صدر الشريعة هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا ادرى ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم وفى حاشية يعقوب باشا جواب عن طرف صاحب الدرر واعتراض عليه فليطالع (وانه) اى المدعى (يطالبه) اى المدعى عليه (بها) اى بالعين (ولابد من احضارها) اى يكلف احضار العين المنقولة (ان امكن) الاحضار (ليشار اليها) اى الى العين (عند الدعوى وعند الشهادة او الحلف) لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ فى التعريف حتى قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها او بعث امينا كما فى البحر وغيره لكن على رواية والا فقوله وان تعذر يذكر قيمتها يغنى عنه تدبر وفى المجتبى معزيا الى الاسبيجابى فى مسئلة الشاهدين اذا شهدا على سرقة بقرة واختلفا فى لونها تقبل الشهادة خلافا لهما ثم قال وهذه المسئلة تدل على ان احضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ولو شرط لاحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة فى لونها ثم قال وهذه المسئلة الناس عنها غافلون لكن ليس فى ذلك دليل على ما ذكر لانها اذا كانت غائبة لا يشترط احضارها والقيمة كافية كما فى البحر (وان تعذر) اى تعذر احضار المنقولات بان كانت هالكة او غائبة (يذكر قيمتها) ليصير المدعى معلوما بها لان الغائب لا يعرف الا بالوصف والقيمة قال ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة فى الدابة هذا اذا ادعى العين اما اذا ادعى قيمة شئ مستهلك فلا بد من بيان جنسه ونوعه واختلفوا فى بيان الذكورة والانوثة فى الدابة قال العمادى ادعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل ولم يذكر قيمة عين على حدة اختلف المشايخ فيه بعضهم شرط التفصيل وبعضهم اكتفى بالاجمال وهو الصحيح لانه لو قال غصب منى عينا كذا ولا ادرى انه هالك او قائم ولا ادرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به كما فى الكافى فان عجز عن ردها كان القول فى مقدار القيمة قول الغاصب فلما صح دعوى الغصب من غير بيان القيمة فلان يصح اذا بين قيمة الكل جملة كان اولى وفى التبيين فاذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود ايضا بل اولى وقيل يشترط ذكر القيمة اذا كانت الدعوى سرقة ليعلم ان السرقة كانت نصابا فاما فيما سوى ذلك فلا يشترط كما فى الجامع وفى التنوير وفى دعوى الايداع لابد من بيان مكانه سواء كان له حمل اولا وفى الغصب ان كان له حمل ومؤنة فلابد من بيان موضع الغصب والا لا وفى دعوى المثليات لابد من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب (وفى العقار لا يحتاج الى قوله بغير حق) كما يحتاج اليه فى المنقول ولكن يذكر ان العقار فى يده لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار فى يده فلابد من اثباته لكن سؤال صدر الشريعة باق على ما قاله يعقوب باشا فى حاشيته ويؤيد ما فى القهستانى من قوله ويزيده فى العقار ايضا عند بعض المشايخ كما فى قاضيخان والخزانة وهو المختار عند كثير انتهى لكن اختلف المشايخ فى الفتوى كما سيأتى تتبع (ولا تثبت اليد) اى يد المدعى عليه (فيه) اى فى العقار (بتصادقهما) اى لا تثبت بتصادق المدعى والمدعى عليه على انه فى يده (بل تثبت) اليد فيه (ببينة) بان يشهد الشهود انهم عاينوا فى يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل (او علم القاضى) انه فى يده لاحتمال كون العقار فى يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا حاجة الى البينة ولا الى العلم بل تثبت بتصادقهما (فى الصحيح) احترازا عما قيل ان اليد تصح بالاقرار فلا حاجة الى البينة ولا الى العلم وفى البحر شهد وا انه ملكه ولم يقولوا فى يده بغير حق يفتى بالقبول قال الحلوانى

اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا تقبل لانه ان لم يثبت انه فى يده بغير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم وبه كان يفتى اكثر المشايخ وقيل يقضى فى المنقول لا فى العقار حتى يقيموا انه فى يده بغير حق فالصحيح الذى عليه الفتوى انه تقبل فى حق القضاء بالملك لا فى حق المطالبة بالتسليم وتمامه فيه فليراجع وفى المنح وليس ماذكر من اشتراط ثبوت اليد فى العقار بالبينة او العلم مطلقا فى جميع الصور بل اذا ادعى المدعى ملكا مطلقا فى العقار اما دعوى الغصب والشراء فلا يشترط ثبوت اليد (ولابد فيه) اى فى العقار (من ذكر البلد والمحلة) وفى الفصولين فى دعوى العقار لابد ان يذكر بلده فيها العقار ثم المحلة ثم السكة اختيار القول محمد فان مذهبه ان يبدأ بالاعم ثم بالاخص وقيل يبدأ بالاخص ثم بالاعم (و) لابد من ذكر (الحدود الاربعة فى الدعوى والشهادة واسماء اصحابها) اى اصحاب الحدود (ونسبهم الى الجد) ليتميزوا عن غيرهم لان تمام التعريف يحصل به فى الصحيح من مذهب الامام هذا اذا لم يكن مشهورا (وفى الرجل المشهور يكتفى بذكره) لحصول المقصود به (فان ذكر ثلاثة وترك الرابع صح) وقال زفر لا لان التعريف لم يتم ولنا ان للاكثر حكم الكل على ان الطول يعرف بذكر الحدين والعرض باحدهما وقد يكون بثلاثة روى عن ابى يوسف يكفى الاثنان وقيل الواحد (وان ذكره) اى الحد الرابع (وغلط فيه) اى فى الحد الرابع (لا) يصح لانه يختلف المدعى ولا كذلك بتركه وفى المنح وانما يثبت الغلط باقرار الشاهد انى غلطت فيه اما لو ادعاه المدعى عليه لا تسمع ولا تقبل بينته وتمامه فيه فليطالع (واذا صحت) اى اذا جازت وقامت دعوى المدعى برعاية ماسبق (سأل القاضى الخصم) اى المدعى عليه (عنها) اى عن دعواه ليتضح وجه حكمه لان القضاء بالبينة يخالف القضاء بالاقرار ومعنى سؤاله ان يقول خصمك ادعى عليك كذا وكذا فماذا تقول (فان اقر) اى الخصم (حكم عليه) اى على الخصم اى يحكم القاضى بالخروج عن موجب ما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف فى صدقه على الحكم من القاضى ولذا قال فى الاصلاح فان اقر فيها ولم يقل حكم (وان انكر) الخصم انكارا صريحا او غير صريح كما اذا قال لا اقر ولا انكر فانه انكار عندهم وما روى انه اقرار غير ظاهر فيحبس حتى يقر فغلط كما فى القهستانى لكن قال السرخسى وعند ابى يوسف يحبس الى ان يجيب وفى البحر والفتوى على قول ابى يوسف فيما يتعلق بالقضاء كما فى القنية والبزازية فلذا افتيت بانه يحبس الى ان يجيب وتمامه فيه فليراجع (سأل) القاضى (المدعى البينة) فى دعواه (فان اقامها) اى ان اقام المدعى البينة يحكم القاضى على خصمه لانه نور دعواه بالبينة فهى فعيلة من البيان او البين اذ بها يظهر الحق من الباطل ويفصل بينهما (والا) اى وان لم يقمها بل عجز عن اقامتها (حلف) اى حلف القاضى (الخصم) وهو المدعى عليه (ان طلبه الخصم) اى طلب المدعى تحليف المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام قال للمدعى الك بينة فقال لا وقال فلك يمينه فقال يحلف ولا يبالى فقال عليه الصلاة والسلام ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه فصار اليمين حقا لاضافته اليه بلام التمليك قيد بتحليف القاضى لان المدعى عليه لو حلف بطلب المدعى يمينه بين يدى القاضى من غير استحلاف القاضى فهذا ليس بتحليف لان التحليف حق القاضى فلو برهن عليه تقبل والا يحلف ثانيا عند القاضى فلا يحلف قبل طلبه عند الطرفين فى جميع الدعاوى وكذا عند ابى يوسف الا فى مسائل فى الرد بالعيب يحلف المشترى بالله ما رضيت بالعيب والشفيع بالله ما ابطلت شفعتك والمرأة اذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما حلف لك زوجك شيئا ولا اعطاك النفقة والمستحق يحلف بالله ما بعت واجمعوا على ان من ادعى دينا على الميت يحلفه القاضى بلا طلب الوصى والوارث (فان حلف) المدعى عليه (انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة) اى اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم

البينة على وفق دعواه فان اقامها بعد الحلف تقبل قال عليه الصلاة والسلام اليمين الفاجرة احق ان ترد بالبينة العادلة ولان طلب اليمين لايدل على عدم البينة لاحتمال انها غائبة اوحاضرة في البلد ولم تحضر ولان اليمين بدل البينة فاذا قدر على الاصل بطل حكم الحلف فلاعبرة لما قاله بعض الفقهاء من ان البينة لاتسمع بعد اليمين كما في الدرر وغيره (وان نكل) عن اليمين (مرة) اى قال لا احلف (اوسكت بلاآفة) من خرس اوطرش اوغيره فان السكوت بلاآفة نكول حكما هو الصحيح كما في السراج (فقضى) اى قضى القاضي له عليه بالمال (بالنكول) اى بسبب الامتناع عنه (صح) ذلك القضاء لان النكول دل على كونه باذلا اومقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب دفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب على جانب التورع في نكوله (وعرض اليمين) عليه (ثلثا) بان يقول له في كل مرة انى اعرض عليك اليمين فان حلفت والاقضيت عليك بما ادعاه (ثم القضاء) على تقدير نكوله (احوط) لما فيه من المبالغة في الانتظار ولاعبرة بعد القضاء بقوله احلف لانه ابطل حقه بالنكول فلاينقض به القضاء ويعتبر قوله احلف قبل الحكم ولو بعد العرض ثلثا وفيه اشعار بانه لابد ان يكون النكول في مجلس القضاء واتصل القضاء به وبدونه لايوجب شيئا كما في التبيين وفي المجتبى يشترط ان يكون القضاء على فور النكول عند بعض المشايخ وقال الخصاف لايشترط حتى لواستمهله بعد العرض يوما او يومين اوثلاثة فلابأس به وهو قول الائمة الثلاثة وفي المنح ولم ار فيه ترجيحا وفي البحر واما المذهب فانه لوقضى بالنكول بعد العرض مرة واحدة وهو الصحيح والاول اولى انتهى (ولاترد يمين على مدع) اذا نكل المدعى عليه عن اليمين وعند الائمة الثلاثة ترد عليه عند نكوله فان حلف قضي له والالا (ولا يقضى بشاهد ويمين) وقال الشافعي لواقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر ترد اليمين على المدعي فان حلف قضي له والالا لان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قضى بشاهد ويمين ولنا قوله صلى الله تعالى عليه وسلم البينة للمدعي واليمين على من انكر وهذا الحديث مشهور كاين كالمتواتر وحديث الشاهد واليمين غريب ضعفه الطحاوي واول من قضى به معاوية رضي الله تعالى عنه ولم يقع العمل به الى زمانه لعدم الحاجة اليه حتى لوقضى القاضي به لاينفذ (ولايحلف في نكاح) اى نفس النكاح اوالرضى به اوالامر به فلوادعى احد من الزوجين بلابينة نكاحا على الاخر وهو منكره (ورجعة) بان يدعي احد الزوجين بعد العدة على الاخر انه راجعها في العدة والاخر ينكرها فان ادعى الرجعة في العدة يثبت بقوله في الحال كما في القهستاني (وفئ وايلاء) كما في نسخة المصنف لكن الاولى كما في سائر المتون وفئ ايلاء بدون الواو اى في الرجوع في مدة الايلاء بان يدعي احدهما على الاخر بعد مدة الايلاء انه فاء ورجع اليها في مدته والاخر منكر وفي القهستاني فان اختلفوا قبل المدة ثبت الفئ بقوله (واستيلاد) اى طلب ولد بان يدعي احد من الامة والمولى اوالزوجة والزوج انها ولدت منه ولدا حيا اوميتا كما في قاضيخان لكن في المشاهير ان دعوى الزوج والمولى لم يتصور لان النسب ثبت باقراره ولاعبرة لانكارها بعده ويمكن ان يقال انه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما دل عليه تصويرهم كما في القهستاني (ورق) بان ادعى رجل على مجهول الحال انه رقه اوادعى المجهول انه سيده وانكر الاخر (ونسب) بان ادعى ان هذا ولده اووالده اوهو يدعي عليه والاخر ينكر (وولاء) سواء كان ولاء العتاقة اوولاء الموالاة بان يدعي احد من المعروف والمجهول على الاخر انه معتقه اومولاه فلايحلف عند الامام في هذه الامور لان المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول والنكول جعله بدلا واباحة صيانة عن الكذب الحرام والبذل لايجري في هذه الامور (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (يحلف) لان النكول اقرار والظاهر انه يحلف على تقدير صدقه فاذا امتنع عليه ظهر انه غير صادق في انكاره اذلوكان صادقا لاقدم عليه ولما كان النكول اقرارا

فالاقرار يجري في هذه الاشياء فيستحلف على صورة انكار المنكر لا على دعوى المدعى حتى ان نكل
يقضى بالنكول (وبه) اى بقول الامامين (يفتى) كما فى قاضيخان وهو اختيار فخر الاسلام على
البزدوى معللا بعموم البلوى وفى النهاية قال المتأخرون ان المدعى اذا كان متعنتا يأخذ القاضى
بقولهما وان مظلوما بقوله (ولا) يستحلف (فى حد) اتفاقا هو خالص حق الله تعالى كحد الزنا
والشرب والسرقة او مغلب حقه تعالى كحد القذف فان حق العبد فيه مغلوب فلو ادعى احد
على احد قذفه بالزنا فانكره لم يحلف الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت
فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا بينة عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل يثبت العتق دون الزنا
ذكره الزيلعى وصححه الحلوانى خلافا للسرخسى (و) لا فى (لعان) ايضا بالاتفاق اذا ادعت
المرأة على زوجها انه قذفها قذفا يوجب اللعان وانكر الزوج لان اللعان قائم مقام حد الزنا فى جانب
الزوج فلا يثبت بالنكول الذى هو اقرار مع شبهة (والسارق يحلف) بالاتفاق عند ارادة اخذ
المال ويقول فيه بالله تعالى ماله عليك هذا المال وعن محمد ان القاضى يقول للمدعى ماذا تريد
فان قال اريد القطع يقول فى جوابه ان الحدود لا يستحلف فيها وان قال اريد المال يقول له دع
دعوى السرقة وادع المال (فان نكل) عن الحلف (ضمن) المال (ولا يقطع) لان النكول اقرار
مع شبهة فيعمل فى الضمان دون القطع كما اذا شهد رجل وامرأتان على السرقة والمال تقبل فى المال
دون القطع (ويحلف الزوج ان ادعت) الزوجة (طلاقا) بلا بينة لها عليه (قبل الدخول
اجماعا) لان مقصودها المال والاستحلاف يجرى فى المال بالاجماع (فان نكل ضمن) الزوج
(نصف المهر) وانما وضع المسئلة فى الطلاق قبل الدخول لانه لو اطلق ينصرف الى الطلاق
الذى يلزم منه المهر تاما ويبقى امر الطلاق الذى يلزم منه نصف المهر مستورا فكشفه اولى مع ان
لزوم الحلف فى الطلاق بعد الدخول بطريق الاولى فانه اذا استحلفه قبل تأكد المهر فبعده
اولى (وكذا) يحلف (فى النكاح اذا ادعت) المرأة (مهرها) وانكر الزوج فلو نكل يلزم المهر
ولا يثبت النكاح عند الامام بخلاف الطلاق وكذا اذا ادعت النفقة بالنكاح يستحلف فان نكل يلزم
النفقة دون النكاح (وفى النسب) اى يحلف فى دعوى النسب (ان ادعى حقا كارث ونفقة) بان
ادعى رجل على رجل انه اخوه مات ابوهما وترك مالا فى يد المدعى عليه او طلب من القاضى فرض
النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان حلف برئ وان
نكل قضى بالمال والنفقة لا النسب ان كان النسب نسبا لا يصح الاقرار به وان كان نسبا يصح
الاقرار به فعلى الخلاف (وغيرهما) كالحجر بان كان صبى فى يد رجل التقطه وهو لا يعبر عن نفسه
فادعت امرأة حرة الاصل انه اخوها تريد قصر يد الملتقط لما انها من حق الحضانة وارادت
استحلافه فنكل ثبت انها حق نقل الصبى الى حجرها ولا يثبت النسب وكذا العتق بسبب الملك
بان ادعى عبد على مولاه انه عتق لانه اخوه او اراد الواهب الرجوع فى الهبة فقال الموهوب له
انا اخوك فان ادعى عليه يستحلف على ما يدعى بالاجماع (وفى القصاص) اى يحلف جاحد
القود فى النفس والاطراف بالاتفاق فان نكل (فى) دعوى (النفس) لم يقتص منه بل (حبس حتى يقر)
فيقتص منه او يحلف فيطلق عن الحبس والا يحبس ابدا (و) ان نكل (فيما دونها) اى النفس
(يقتص) منه وهذا عند الامام لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا ابيح قطعها
للحاجة ولم يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامر صاحبها بخلاف النفس فانه لو قتله بامره
يجب عليه القصاص فى رواية والدية فى اخرى واذا سلك بالاطراف مسلك الاموال يجرى فيه
البذل فاجرى فى الاموال كما فى اكثر المعتبرات وما قاله ابو المكارم من انه توجه عليه حينئذ لزوم
قطع السارق بالنكول وقد مر انه لا يقطع ليس بوارد لان قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة

كالاموال بخلاف القطع فى السرقة فانه خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهة فظهر الفرق تدبر (وعندهما يضمن الارش فيهما) اى فى صورتى دعوى النفس والاطراف لان النكول اقرار عندهما لكن فيه شبهة البذل فيمتنع فى الطرف بما فيه شبهة القصاص كما فى النفس فيجب المال فيهما لتعذر القصاص خصوصا اذا كان امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولى يدعى العمد وعند الائمة الثلاثة يقتص فيهما بعد حلف المدعى على انه صادق فى دعواه بناء على ما مر من اصلهم (فان قال المدعى لى بينة حاضرة) فى المصر (وطلب يمين خصمه لا يحلف) عند الامام وهو الصحيح كما فى المضمرات وغيره وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه يجيبه وللامام ان ثبوت اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا فلا يكون حقه دونه ومحمد مع ابى يوسف فيما ذكره الخصاف ومع الامام فيما ذكره الطحاوى كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغى للمصنف ان يذكر الخلاف تدبر قيدنا بالمصر لانها لو كانت فى مجلس الحكم لا يحلف بالاتفاق وان كانت خارج المصر يحلف بالاتفاق وفى المجتبى وقدرت الغيبة بمسيرة السفر وفى المنح وحضورها فى المصر وهو محل الاختلاف وظاهر ما فى خزانة المفتين خلافه فانه قال الاستحلاف يجرى فى الدعاوى الصحيحة اذا انكر المدعى عليه ويقول المدعى لا شهود لى او شهودى غيب او مرضى وفى البحر ادعى المديون الايصال فانكر المدعى ولا بينة له فطلب يمينه فقال المدعى اجعل حقى فى الختم ثم استحلفنى فله ذلك فى زماننا (ويكفل) من التكفيل (بنفسه) اى يؤخذ من المدعى عليه كفيل بنفسه كيلا يغيب فيضيع حقه استحسانا والقياس ان لا يكفل قبل اقامة البينة وهو مذهب الشافعى ويجب ان يكون الكفيل معروفا ثقة ولا يتوهم اختفاؤه بان يكون له دار وحانوت ملكا له وله ان يطلب وكيلا بالخصومة حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وصح ان يكون كفيلا ووكيلا وان اعطاه فله ان يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل وان كان المدعى منقولا فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبه المدعى عليه وان كان عقارا لا يحتاج الى ذلك وفيه اشارة الى ان القاضى يكفله ولو لم يطلبه المدعى وهذا اذا كان المدعى جاهلا بالخصومة واما اذا كان عالما فلا يكفله القاضى بلا طلبه (ثلثة ايام) هذا مروى عن الامام وهو الصحيح كما فى الكافى وغيره وصحح فى الخانية انه الى جلوس القاضى مجلسا آخر وقيل يفوض الى رأى القاضى وهو الاشبه برأى الامام ولا فرق فى الظاهر بين الوجيه والحقير وكذا بين القليل من المال والكثير وعن محمد ان الخصم ان كان بحيث لا يخفى نفسه بهذا القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل قيد بقوله لى بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فى المصر حتى لو قال المدعى لا بينة لى او شهودى غيب لا يكفل اذ لا فائدة فيه بل يحلف فاذا حضر بعد ما حلف تقبل بينة المدعى وكذا لو قال المدعى لا بينة لى وطلب يمين خصمه فحلفه القاضى فقال لى بينة فان القاضى يقبل ذلك منه وقيل لا تقبل وفى البحر ادعى القاتل ان له بينة حاضرة على العفو اجل ثلاثة ايام فان مضت ولم يأت بالبينة وقال لى بينة غائبة يقضى بالقصاص قياسا كالاموال وفى الاستحسان يؤجل استعظاما لامر الدم (فان ابى) عن اعطاء الكفيل (لازمه) مقدار مدة التكفيل (ودار معه) اى مع الغريم (حيث دار) تفسير الملازمة وفى البحر نقلا عن الصغرى رأيت فى زيادات بعض المشايخ ان الطالب لو امر غيره بملازمة مديونه فللمديون ان لا يرضى عند الامام خلافا لهما وجعله فرعا لمسئلة التوكيل بغير رضى الخصم لكن لا يحبسه فى موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعى يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول الى اهله بل يدخل المطلوب الى اهله والملازم على باب داره (وان كان) المطلوب (غريبا يكفل او يلازم قدر مجلس القاضى)

الى ان يقوم من مجلسه لان فى اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به يمنعه عن السفر
ولاضرر فى هذا المقدار ظاهرا فان برهن فى المجلس فبها والا يحلفه ان شاء او يدعه (واليمين بالله
تعالى لا بطلاق وعتاق) لقوله عليه الصلاة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر (وقيل
ان الح الخصم صح) اليمين (بهما) اى بالطلاق والعتاق (فى زماننا) لقلة المبالاة باليمين بالله
تعالى كما فى الهداية لكن لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا حتى لو قضى لا ينفذ
وانما اتى بصيغة التمريض لان اكثر مشايخنا لم يجوزه وفى البحر الفتوى على عدم التحليف بالطلاق
والعتاق وهو ظاهر الرواية وفى الخانية ومنهم من جوزه فى زماننا والصحيح ما فى ظاهر الرواية انتهى
(وتغلظ) اليمين (بذكر صفاته) اى صفات الله تعالى مثل قوله والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب
والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك
هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه (ان شاء القاضى) لان احوال الناس مختلفة فمنهم
من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك والاختيار فى صفة
التغليظ الى القاضى يزيد فيه ما شاء وينقص ما شاء الا انه يحتاط (ويحترز من التكرار) اى يحترز
عن عطف بعض الاسماء على البعض والا لتعدد اليمين ولو امره بالعطف فاتى بواحدة ونكل عن
الباقى لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق يمين واحدة وقد اتى بها ولو لم يغلظ جاز وقيل لا يغلظ
على المعروف بالصلاح وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير (لا) يغلظ (بزمان) على المسلم
بان يستحلف فى اول الجمعة او آخرها او ليلة القدر لان فيه تأخير المدعى (او مكان) بان يستحلف
بمسجد الجامع عند المنبر لان المراد هو اليمين بالله تعالى والزيادة عليها زيادة على النص وفى الحاوى
القدسى ولا يستحلف تغليظ اليمين بهما انتهى وظاهره انه مباح لانه نفى الاستحباب وهو لا يستلزم نفى
الاباحة بخلاف العكس لكن قال الزيلعى فلا يشرع فتدبر وعند الائمة الثلاثة يجوز ان يغلظ بهما
ايضا ان كانت اليمين فى قسامة ولعان ومال عظيم (ويحلف اليهودى بالله الذى انزل التورية
على موسى عليه السلام و) يحلف (النصرانى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى عليه السلام)
فتؤكد اليمين بذكر المنزل على نبيهما (و) يحلف (المجوسى بالله الذى خلق النار) لانهم يعظمون
النار تعظيم العبادة فتؤكد بما يعتقدونه ليفيد فائدة اليمين وقيل ان المجوسى حلف بالله لا غير
كما لا يستحلف بالله الذى خلق الشمس لان ذكر النار مع الله تعالى يشعر تعظيمها وما ينبغى ان يعظم
بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة وعن الامام انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا (و)
يحلف (الوثنى بالله) فحسب اذ يقر بالله تعالى انه خالقه لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى
قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله كذا قالوا وفى المنح وغيره ويشكل عليه ان
الدهرية منهم من لا يعتقدونه ولا دلالة فى الاية على ما ذكر لان الوثنى يعبد غير الله تعالى ويعتقدان الله
تعالى خالقه انتهى لكن يمكن ان الدهرى هو من يقول بقدم الدهر وباسناد الحوادث اليه
ويقولون ان مبدأ الممكنات هو الله تعالى كما قيل فلم يلزم عدم اعتقاد الله تعالى وعدم دلالة النص
ولان الدهرى يعتقدون الدهر القديم هو الله تعالى فلم يلزم عدم اعتقادهم تأمل (ولا يحلفون) اى
الكفار (فى معابدهم) لان فيه تعظيما لها والقاضى ممنوع عن ان يحضرها وكذا امينه لانها مجمع
الشياطين لانه ليس له حق الدخول وفى البحر وقد افتيت بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع اليهودى
(ويحلف) المدعى عليه (على الحاصل) هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل
والسبب والضابط فى ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع اولا فان كان الثانى فالتحليف على السبب
بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على
الحاصل عند الطرفين وعلى السبب عند ابى يوسف كما سيأتى ثم شرع فى تفصيله فقال (ففى البيع

والنكاح) يحلف (بالله ما بينكما بيع قائم) في الحال اذا ادعى انه اشتراه (او نكاح قائم في الحال) اذا ادعت النفقة فلو ادعت النكاح كان المثال على مذهبهما في التحليف واما عند الامام لا يحلف كما مر (وفي الطلاق) بالله (ماهي باين منك الآن) اذا ادعت الطلاق البائن فلو ادعت رجعيا حلف على السبب لكنه خلاف الظاهر فانه يحلف على الحاصل في الظاهر وفيه اشعار بان سبب الحاصل كما يتحقق في ضمن فعل العقد يتحقق في ضمن فعل آخر من الافعال الحسية كما في القهستاني (وفي الغصب) بالله (ما يجب عليك رده) اي رد المغصوب (وفي الوديعة) بالله (ماله هذا الذي ادعاه في يدك وديعة ولا شيء منه) اي من الذي في يدك (ولا له قبلك حق) وفي الاختيار ويحلفه في الدين بالله ماله عليك من الدين والقرض قليل ولا كثير لاحتمال انه ادى البعض اوابرأه منه فلا يحنث في يمينه على الجميع (لا) يحلف (على السبب نحو) ان يقول في البيع (بالله ما بعته) لاحتمال انه باع ثم اقال ولا يحلف في النكاح بالله ما نكحت لاحتمال انه نكحها ثم خالعها اوابانها ولا يحلف في الطلاق بالله ما طلقتها لاحتمال انه طلقها ثم نكحها ولا يحلف في الغصب بالله ما غصبته لاحتمال انه غصب ثم سلم او ملك بالهبة او بالبيع ولا يحلف في الوديعة بالله ما اودعتك هذا لاحتمال انه اودعه ثم رده او هلك في يده بغير صنعه وفي هذه الصور لا يحلف عند الطرفين على السبب فلو حلف يتضرر المدعى عليه لانه لو حلف مثلا على نفي البيع يكون كاذبا ولو لم يحلف يجب عليه تسليم المبيع العائد الى ملكه بالاقالة وهكذا في البواقي (خلافا لابي يوسف) فان عنده يحلف على السبب في جميع ذلك لان اليمين تستوفى لحق المدعي فوجب ان يكون اليمين موافقة لدعواه والمدعى هو السبب الا عند تعريض المدعى عليه بان قال للقاضي لا تحلفني فان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقيله فحينئذ يحلف القاضي على الحاصل قيل ينظر الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب يحلف على السبب وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه اكثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض الى رأي الحاكم كما في الكافي وغيره (فان كان) والانسب بالواو (في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي حلف على السبب اجماعا) رعاية لجانبه (كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة والخصم لا يراهما) اي لا يرى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة بان كان شافعيا فانه يحلف على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار وماهي معتدة منك اذ لو حلف على الحاصل بالله لا تجب الشفعة عليك و بالله لا تجب عليك النفقة يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعي لا يقال ان المدعى عليه قد يتضرر ببطلان الشفعة بتأخير الطلب لانه لا بد للقاضي من الاضرار باحدهما والاولى بالضرر المدعى عليه لانه متمسك بعارض السقوط والمدعي بالاصل حيث اثبت حقه بالسبب الموجب له من الشراء فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض (وكذا) يحلف على السبب اجماعا (في سبب لا يرتفع) برافع بعد ثبوته (كعبد مسلم يدعي العتق) اي العتق الواقع في اسلامه على مولاه وهو ينكره (فيحلف على السبب بالله) ما اعتقه ليوافق اليمين الدعوى وليس فيه ضرر المدعى عليه اذ لا يتصور عوده الى الرق لانه اذا ارتد يقتل والهرب الى دار الحرب نادر الا نه رواية عن ابي يوسف وفي الاختيار ومن الافعال الحسية ان يدعي على غيره انه وضع على حائطه خشبة او بنى عليه او اجرى ميزابا على سطحه او في داره او رمى ترابا في ارضه او شق في ارضه نهرا فانه يحلف على السبب بالله ما فعلت كذا لان هذه الاشياء لا ترتفع (بخلاف العبد) الكافر (والامة) فيحلف على الحاصل بالله ماهو حر او ماهي حرة الآن لان الرق يتكرر على الامة بالردة واللحاق والسبي وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق والسبي وعن ابي يوسف يحلف على السبب وتمامه في الذخيرة (ومن ورث شيئا) من عين علم ذلك بعلم القاضي او اقرار المدعى عليه او بينة المدعى عليه (فادعاه آخر)

ولابينة للمدعى واراد تحليف الوارث (حلف على العلم) اى على علم المدعى عليه فيقول له القاضى بالله ماتعلم ان هذا العين له لا على البتات لان الوارث لايعلم بما صنعه المورث وفيه ايماء الى انه لايحلف وارث الدين قبل وصوله اليه خلافا للخصاف والاول المختار عند الفقيه وقاضيخان والى انه اولم يتحقق كونه ميراثا حلف على البتات لتحقق سببه من كون العين فى يده كما فى القهستانى (وان شراه اووهب له فعلى البتات) اى يحلف المدعى عليه على البتات بالله ماهو عبده والاصل فيه ان التحليف على فعل نفسه يكون على البتات اى انه ليس كذلك والبتات القطع والتحليف على فعل غيره على العلم اى انه لايعلم انه كذلك الا انه اذا كان شيئا يتصل بالحالف كما اذا ادعى سرقة العبد اواباقه يحلف البايع على البتات بالله ماابق اوماسرق فى يدى وهذا تحليف على فعل الغير وانما صح لان تسليمه سالما عن العيوب واجب على البايع فالتحليف يرجع على ماضمن البايع بنفسه فيكون على البتات واذا ادعى سبق الشراء يحلف خصمه على العلم اى انه لا يعلم انه اشتراه قبله كما فى المنح وغيره (ولو افتدى المنكر يمينه اوصالح عنها) اى عن اليمين (على شئ صح) الافتداء والصلح ان رضى به الخصم لان عثمان رضى الله تعالى عنه اعطى شيئا لمن ادعى عليه اربعين درهما وافتدى يمينه ولم يحلف اذ لوحلف لوقع على القيل والقال اذ الناس بين التصديق والتكذيب على كل حال فاذا افتدى صان عرضه لقوله عليه الصلاة والسلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم بمعنى ارفعوا وامتنعوا (ولا يحلف بعده) اى ليس للمدعى ان يحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه باخذ البدل منه وفيه اشعار بانه لايجوز ان يبيع اليمين لانها لم يكن مالا فله ان يستحلفه بعد ذلك وفى التنوير ولواسقطه اى اليمين قصدا بان قال برئت من الحلف اوتركته عليه اووهبته لايصح وله التحليف

﴿باب التحالف﴾

لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين اذ الاثنين بعد الواحد (ولو اختلفا) اى المتبايعان (فى قدر الثمن) بان قال المشترى اشتريت بالف وقال البايع بعت بالفين مثلا (او) فى قدر (المبيع) بان قال البايع بعت عبدا وقال المشترى عبدين وكذا الحكم لو اختلفا فى وصف الثمن اوفى الجنس كما فى الهداية فعلى هذا لوحذف القدر لكان اشمل (اوفيهما) اى فى الثمن والمبيع جميعا بان قال البايع بعت عبدا بالفين فقال المشترى لابل بعت عبدين بالف (حكم لمن برهن) اى يحكم القاضى لمن اقام البينة منهما لان الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هى متعدية حتى توجب القضاء فلايعارضها مجرد الدعوى (وان برهنا) اى اقام كل منهما البينة بما ادعاه (فلمثبت الزيادة) اى يحكم لمثبت الزيادة لانه خالص عن المعارض اما اذا كان الاختلاف فى احدهما فظاهر واما فيهما فحجة البايع فى الثمن الاكثر وحجة المشترى فى المبيع الاكثر اولى فيحكم بعبدين للمشترى وبالفين للبايع (وان عجزا) اى البايع والمشترى (عن) اقامة (البرهان قيل لهما اما ان يرضى احدكما بدعوى الآخر والافسخنا البيع) لان المقصود قطع المنازعة وهذا وجه فى طريق قطع المنازعة فيجب ان لايعجل القاضى بالفسخ (فان لم يرض) والا نسب بالواو (احدهما بدعوى الآخر تحالفا) اى استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى صاحبه فان قال قبل القبض فهو قياسى لان كلا منهما منكر واما بعده فاستحسانى فقط لان المشترى لايدعى شيئا لان المبيع سالم بقى دعوى البايع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره فيكتفى بحلفه لكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا كما فى البحر وغيره لكن انما فى القهستانى نقلا عن المضمرات من ان التحالف يصح قبل قبض المبيع وهذا استحسان فان المشترى ينكر وجوب تسليمه والقياس ان يصح لانه ملك المبيع ولايصح بعد قبضه قياسا واستحسانا

مخالف في البحر وغيره تبع وانما قال المصنف فان لم يرض احدهما ولم يقل وان لم يرضيا كما في الكنز وغيره لان شرط التحالف عدم رضى واحد لاعدم رضى كل منهما كما لايخفى كما في البحر وغيره فعلى هذا ماقاله صاحب الفرائد من انه كان المناسب وان لم يرضيا الى آخره ليس بوارد تدبر (وبدئ) اي القاضي (بيمين المشترى) في الصور الثلث لو بيع عين بدين هذا قول محمد وزفر و ابي يوسف اخرا وهو رواية عن الامام وهو الصحيح لانه اقواهما انكارا لانه المطالب اولا بالثمن فيكون هو البادى بالانكار وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البايع وهو قول الشافعي في الاصح وقيل يقرع بينهما هذا اذا كان بيع عين بدين وان كان بيع عين بعين اوثمن بثمن فالقاضي مخير لاستواء وعن هذا قال (وفي المقايضة) اي في بيع العين بالعين يبدأ القاضي (بايهما شاء) لاستوائهما في فائدة النكول وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ماباعه بالف و يحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف بضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات (ومن نكل) من البايع والمشترى (لزمه دعوى صاحبه) بالقضاء لان النكول امابدل واما اقرار فيه شبهة فيتقوى بالقضاء يكون حجة ملزمة (وان حلفا) اي المتبايعان (فسخ القاضي البيع بطلب احدهما) اوكليهما فلا ينفسخ البيع بنفس التحالف وقيل ينفسخ والاول هو الصحيح لانه لم يثبت ماادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلابدل وهو فاسد ولابد من الفسخ في فاسد البيع فلو كان المبيع جارية وطئها ولو فسد بنفس التحالف لم يحل له وقيد بطلب احدهما لانه لايفسخه بدون طلب احدهما ولو فسخاه انفسخ بلاتوقف على القاضي وان فسخ احدهما لايكفي كما في البحر (ولاتحالف ان اختلفا في الاجل) سواء كان في الاجل اوفي قدره خلافا لزفر والشافعي (او) اختلفا (في شرط الخيار) سواء كان في وجوده بان قال احدهما البيع بالخيار والآخر ينكره او في مدته (اوقبض بعض الثمن اوكله) اي لاتحالف عند اختلافهما بان قال المشترى اديت بعضه اوكله والبايع ينكره (وحلف المنكر) في الصور الثلث لان هذا اختلاف في اداء الثمن لافي الثمن كما اذا وقع الاختلاف في اداء جميع الثمن يحلف المنكر فحسب بخلاف الاختلاف في وصف الثمن اوجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف (ولا) تحالف او اختلفا في قدر الثمن (بعد هلاك كل المبيع) في يد المشترى لانه لو هلك في يد البايع تحالف على القائم عندهم (وحلف المشترى) عند الشيخين على الصحيح هذا اذا كان الثمن دينا واما اذا كان عينا يتحالفان بالاتفاق لان المبيع في احد الجانبين قائم ثم يرد مثل الهالك ان كان مثلا وقيمته ان لم يكن وهذا اذا هلك بعد القبض وان هلك قبله وكان الثمن مقبوضا يتحالفان اتفاقا (وعند محمد) والشافعي (يتحالفان ويفسخ) العقد (وتلزم القيمة) اي قيمة الهالك يوم القبض لان كلا منهما يدعي حقا ينكره الآخر فيتحالفان ولهما ان التحالف بعد قبض المبيع خلاف القياس ولايتعدى الى حال هلاك السلعة وفي القهستاني نقلا عن المبسوط وهلاكه شامل لخروجه عن ملك المشترى اوزيادته زيادة متصلة متولدة اوغير متولدة اومنفصلة متولدة فانه لايتحالفان عندهما ويتحالفان عنده فيفسخ على العين في المتصلة المتولدة من الاصل كالسمن وعلى العين او القيمة في متصلة غير متولدة منه كالصبغ وعلى القيمة في المنفصلة المتولدة كالثمر واما في المنفصلة غير متولدة منه كالكسب فيتحالفان ويفسخ على العين بالاجماع (وكذا الخلاف لوتعذر الرد وهو) اي المبيع (قائم) يعني لوتغير بحدوث العيب عنده وصار بحال لايقدر على رده مع العيب ثم اختلفا في الثمن لايتحالفان عندهما بل القول للمشترى وعند محمد والشافعي يتحالفان فيفسخ البيع على قيمة

الهالك وكذا اوخرج المبيع عن ملكه (ولا) تحالف (بعد هلاك بعضه) اى بعض المبيع بعد قبض الجميع عند الامام كعبدين مات احدهما قبل نقد الثمن عند المشترى فقال البايع الثمن الف وقال المشترى بل خمسمائة لان التحالف بعد القبض مشروط بقيام السلعة وهى اسم لجميع المبيع فاذا هلك بعضه فقد الشرط بل يحلف المشترى لانكاره زيادة الثمن (الا ان يرضى البايع بترك حصة الهالك) اى لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا ويجعله كان لم يكن والعقد كانه على القائم فقط فيكون الثمن كله بمقابلة القائم فيتحالفان وهو قول عامة المشايخ فالاستثناء ينصرف الى قوله لا تحالف كما هو الظاهر وهو الموافق لما فى المبسوط وفى الجامع الصغير اذا اختلف بعد هلاك احدهما لم يتحالفا والقول للمشترى مع يمينه عند الامام الا ان يشاء البايع ان يأخذ حصة الحى ولا شئ له قال ابو المكارم ومعنى لا شئ له على قول هؤلاء المشايخ ان لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا على ما صرح فى الكافى وكان غرضهم من هذا التفسير صرف الاستثناء الى قوله لم يتحالفا كما هو مختارهم وفيه تأمل وعلى قول غيرهم من المشايخ انه لا يأخذ البايع من الزيادة المتنازع فيها وانما يأخذ عن الهالك بعد ما اقر به المشترى فالاستثناء ينصرف الى قوله مع يمينه فانه اذا اخذ ما اقر به المشترى واخذ الحى فقد صدق المشترى وارتفع الخصومة فلا يحلف المشترى ولا يخفى ان الاستثناء المذكور فى المتن لا يصح لهذا التفسير اذ لم يذكر فيه اخذ البايع الحى وفى تقديره تعسف (وعندهما يتحالفان ويرد الباقى) ان احلفا لكن اختلفوا فى تفسير التحالف عند ابى يوسف قيل يتحالفان على القائم لا الهالك لان العقد ورد فيه لا فى الثانى وهذا ليس بصحيح لان المشترى لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه البايع يكون صادقا فيه لان من اشترى شيئين بالف اذا حلف انه ما اشترى احدهما كان صادقا وكذا البايع لو حلف بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى يكون صادقا فيه فلا يفيد التحالف بل الوجه ان يحلف على القائم والهالك ويقول اولا بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه دعوى البايع وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيها المشترى فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف يفسخان العقد فى القائم فقط وتسقط حصته من الثمن وتلزم المشترى حصة الهالك من الثمن الذى اقر به المشترى على القائم والهالك لانها انما يجب عند الانفساخ والعقد لم ينفسخ فى الهالك عنده فينقسم الثمن الذى اقر به المشترى عليهما على قدر قيمتهما يوم القبض وعند محمد يتحالفان عليهما ويفسخ فيهما ويرد القائم مع قيمة الهالك يوم القبض لان هلاك الكل لا يمنع التحالف عنده على ما مر فهلاك البعض اولى (والقول للمشترى) مع يمينه اذا اختلفا (فى حصة الهالك عند ابى يوسف وتلزم قيمته) الهالك (عند محمد) لما مر (تعتبر قيمتهما) اى قيمة القائم والهالك (فى الانقسام) اى انقسام الثمن عليهما (يوم القبض) فان استويا يلزمه نصف الثمن الذى اقر به المشترى وان اختلف القيمتان يوم القبض تسقط عنه حصة القائم بقدر قيمته وتلزم حصة الهالك بقدر قيمته (وان اختلفا فى قيمة الهالك فيه) فقال المشترى قيمته يوم القبض خمسمائة وقيمة القائم الف وقال البايع على عكسه (فالقول للبايع) مع يمينه لان البايع بدعواه يستبقى ما كان واجبا والمشترى بدعواه يسقط ما كان واجبا وكان البايع متمسكا بالاصل فوجب اعتبار قوله (وان برهنا) على قيمة الهالك (فبرهانه) اى برهان البايع (اولى) لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك (وان اختلفا) اى العاقدان (فى قدر الثمن بعد اقالة البيع) فقال المشترى كان الثمن الفا وقال البايع خمسمائة ولا بينة لهما (تحالفا وعاد البيع) الاول حتى يكون حق البايع فى الثمن وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الاقالة فلا يجب على كل واحد منهما ان يرد على صاحبه شيئا (ان لم يقبض البايع المبيع) قيل ينبغى ان لا يتحالفا فى اقالة البيع لان التحالف ثبت بالبيع المطلق بالحديث والاقالة فسخ

في حق العاقدين فلم يتناوله النص واجيب ان التحالف قبل قبض المبيع ثبت قياسا لان كل واحد مدع
ومنكر على مامر فصار التحالف معقولا فوجب القياس على المنصوص عليه كما قسنا الاجارة على
البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البايع غير المشتري
ولا كذلك بعد القبض فانه على خلاف القياس وعن هذا قال (وان قبضه) اى قبض البايع المبيع
بعد الاقالة ثم اختلفا (فلا تحالف) عند الشيخين ويكون القول للمنكر مع يمينه (خلافا لمحمد) لانه يرى
النص معلولا بعد القبض ايضا (ولو) اختلفا (في قدر رأس المال بعد اقالة السلم) لا يتحالفان
(فالقول) مع يمينه (للمسلم اليه فيه) اى في قدر رأس المال لانكاره الزيادة اعتبارا لسائر الدعاوى
(ولا يعود السلم) لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود بخلاف البيع
(ولو اختلفا) اى الموجر والمستأجر (في قدر الاجرة) بان قال المستأجر درهم وقال الموجر درهمان
(او المنفعة) بان قال الموجر مدة الاجارة شهر وقال المستأجر شهران (او فيهما) اى في قدر الاجرة
والمنفعة معا بان قال الموجر آجرتك الدار شهرا بدرهمين وقال المستأجر استأجرتها شهرين
بدرهم (قبل استيفاء المنفعة تحالفا وترادا) اذ الاجارة مقيسة على البيع لان العين المستأجرة
في الاجارة قائمة مقام المنفعة في ايراد العقد وكذا الامر في فسخها فالمعقود عليه قبل استيفاء المنفعة
يكون قائما تقديرا (او بدأ بيمين المستأجر ان اختلفا في الاجرة) لكونه منكرا وجوب ما يدعيه الموجر
من الزيادة (وبدأ بيمين الموجر) لو اختلفا (في المنفعة) لكونه منكرا وجوب زيادة المنفعة
وفيه اشعار بانه يحلف اولا من يدعي اولا ان اختلفا فيهما وان ادعيا معا يحلف من شاء وان شاء
اقرع بينهما كما في البيع (وايهما نكل لزمه دعوى الآخر) كما هو مقتضى النكول (وايهما برهن قبل)
برهانه (وان برهنا فحجة المستأجر) اولى لو اختلفا (في المنفعة وحجة الموجر) اولى لو اختلفا
(في الاجرة) نظرا الى اثبات الزيادة وتقبل حجة كل واحد منهما في فضل يدعيه او اختلفا
في الاجرة والمنفعة معا بان ادعى الموجر ان مدتها شهر بعشرة والمستأجر ان مدتها شهران
بخمسة فيقضى بعشرة للموجر وشهرين للمستأجر (و) لو اختلفا (بعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان)
اتفاقا (والقول للمستأجر) مع يمينه لانكاره الزيادة هذا عند الشيخين ظاهر لان التحالف بعد قبض
المبيع على خلاف القياس فلا يقاس الاجارة هنا عليه اذ هلاك المعقود عليه بالاستيفاء يمنع التحالف
على اصلهما بخلاف ما في صورة المقيس حيث وجد المعقود عليه وكذا على اصل محمد
لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف
هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين ان لا عقد واذا امتنع فالقول
للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (و) لو اختلفا (بعد استيفاء البعض) اى بعض المنفعة
(يتحالفان) فيما بقي اعتبارا للبعض بالكل (وتفسخ) الاجارة (فيما بقي) من المنافع لامكان الفسخ
وهذا لا ينافي ما مر ان هلاك بعض المعقود عليه يمنع التحالف عند الامام لان الاجارة تنعقد ساعة
فساعة على حدوث المنفعة فكان كل جزء من المنفعة بمنزلة معقود عليه فيما بقي من المنفعة
كمعقود عليه غير مقبوض فتحالفا في حقه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لانه بجميع اجزائه معقود
بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في كله ضرورة (والقول للمستأجر) مع
اليمين (فيما مضى) لانه منكر بما يدعيه الموجر من زيادة الاجرة (وان اختلفا) اى المولى والمكاتب
(في قدر بدل الكتابة) بعدما اتفقا على عقد الكتابة (لا يتحالفان) عند الامام لان التحالف
في المعاوضات عند تجاحد الحقوق اللازمة وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب لان له ان يرفعه عن
نفسه بالعجز فلم يكن في معنى البيع (والقول للعبد) مع يمينه لانكاره الزيادة وان اقام احدهما بينة قبلت
وان اقاماها فبينة المولى اولى لاثباتها الزيادة لكن يعتق باداء قدر ما برهن عليه ولا يمتنع وجوب بدل

الكتابة بعد عتقه كما لو كاتبه على الف على انه ان ادى خمسمائة عتق وكما لو استحق البدل بعد الاداء كما فى البحر (وقالا) وهو قول الائمة الثلاثة (يتحالفان وتفسخ) الكتابة لاختلافهما فى بدل عقد يقبل الفسخ فكان بمنزلة البيع (وان اختلفا الزوجان فى متاع) اهل (البيت) والمراد بالمتاع هنا ماينتفع به من نفسه اوبما حصل منه كالعقار وغيره وادعى كل انه له ولا بينة لاحد (فالقول لها) اى للزوجة بلاخلاف مع اليمين (فيما صلح لها) اى مايختص بالنساء عادة كالدرع والاسورة والخمار والملاءة والخلخال والحلى ونحوها لان الظاهر شاهد لها الا ان يكون الزوج ممن يبيع مايتعلق بالنساء فالقول له لتعارض الظاهرين (وله) اى القول للزوج مع اليمين (فيما صلح له) كالعمامة والقلنسوة والقباء والسلاح والكتب ونحوها لان الظاهر شاهد له الا اذا كانت الزوجة صائغة او بايعة مايصلح له فلايقبل قوله وفى الخانية لو اختلفا فى متاع النساء واقاما البينة يقضى للزوج (او) فيما صلح (لهما) اى والقول للزوج فيما اختص بهما كالمنزل والفرش والرقيق والاوانى والعقار والمواشى والنقود لان الزوجة ومافى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب اليد بخلاف مايختص بها فان الاختصاص اقوى من اليد وفى البحر وبه علم ان البيت للزوج الا ان يكون لها بينة وفى الخانية ولو اقاما البينة يقضى ببينتها لانها خارجة معنى اطلق الزوجين فشمل المسلمين والمسلم مع الذمية والحربى والمملوكين والمكاتبين كما سيأتى والصغيرين اذا كان الصغير يجامع وشمل اختلافهما حال بقاء النكاح وما بعد الفرقة واما اذا كانت البيت ملكا لهما اولاحدهما خاصة لان العبرة لليد لا للملك وفى القنية افترقا وفى بيتها جارية نقلتها مع نفسها واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادعاها فالقول له لان يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل انتهى وبه علم ان سكوت الزوج عند نقلها مايصلح لهما لايبطل دعواه كما فى البحر وقيد باختلاف الزوجين للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه فان متاع النساء بينهن على السواء ان كن فى بيت واحدة وان كانت كل واحدة منهن فى بيت على حدة فما فى بيت كل امرأة بينها وبين زوجها على ما وصفنا ولايشترك بعضهن مع بعض كما فى خزانة الاكمل هذا اذا كانا حيين (وبعد موت احدهما) اى احد الزوجين ثم اختلفا وارثه مع الحى فالجواب فى غير المحتمل على مامر (والقول فى المحتمل) اى فيما يصلح لهما (للحى) مع اليمين ايهما كان لانه لايد للميت فبقيت يد الحى بلامعارض وهذا عند الامام (وعند ابى يوسف كذلك) اى القول للزوج فيما يصلح لهما (فى الزائد على جهاز مثلها وفى جهاز مثلها لها) اى القول للزوجة اذا كانت حية (اولورثتها) بعد موتها اى يدفع فى المشكل الى الزوجة اوالى وارثها مايجهز بها مثلها والباقى للزوج مع يمينه اولوارثه عنده لان الظاهر ان الزوجة تأتى بالجهاز وهذا اقوى من ظاهر يد الزوج ولذا يأخذ الباقى لعدم المعارض لظاهره والحيوة والموت فى المشكل عنده سواء (وعند محمد للرجل اولورثته) اى ماكان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل ان كان حيا او لورثته ان كان ميتا لقيام الورثة مقام المورث واما اختلافهما فى غير متاع البيت وكان فى يديهما فانهما كالاجنبين يقسم بينهما وفى القهستانى وعند زفر والشافعى ان المشكل بينهما وعنهما ان المتاع كله كذلك واليه ذهب مالك وقال ابن ابى ليلى ان المشكل للزوج حيا ولورثته ميتا وقال ابن شبرمة ان المتاع كله له الا ما على المرأة من الثياب وقال حسن البصرى ان المتاع لصاحب الميت الا ما على الرجل من الثياب فهذه مثمنة كتاب الدعوى ومسبعته انتهى واعلم ان الاب لو ادعى بعد موت ابنته ان الجهاز كان عارية لها والزوج انه كان ملكا فالقول للاب على المختار الا اذا استمر العرف بدفع الجهاز ملكا لا عارية فالقول لها ولورثتها من بعدها ولو اختلف الاب وابنه فيما فى البيت قال ابو يوسف اذا كان الاب

فى عيال الابن فى بيته فالمتاع كله للابن كما لو كان الابن فى بيت الاب وعياله فمتاع البيت للاب ولو اختلف الموجر والمستأجر فى متاع البيت فالقول قول المستأجر مع يمينه وليس للموجر الا ما عليه من ثياب بدنه ولو اختلف اسكاف وعطار فى آلات الاساكفة وآلات العطارين وهى فى ايديهما قضى بينهما نصفين ولا ينظر الى ما يصلح لكل واحد منهما (وان كان احدهما) اى احد الزوجين (مملوكا) سواء كان مأذونا او مكاتبا او محجورا (فالكل) اى كل المتاع (للحر فى حال الحيوة) لان يد الحر اقوى (وللحى) منهما (فى الموت) اى موت احدهما لان يد الحى خالية عن المعارض كما فى عامة شروح الجامع وذكر السرخسى انه سهو والصواب انه للحر مطلقا لكن اختار صاحب الهداية قول العامة فاقتفى اصحاب المتون اثره هذا عند الامام (وقالا المأذون والمكاتب كالحر) لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات حتى لو اختصما فى شئ هو فى ايديهما يقضى بينهما بخلاف ما كان عبدا محجورا حيث يقضى للحر لا للعبد وقوله الكل مشير الى ان الخلاف فيما اذا اختلفا فى مطلق المتاع على ما ذكر فخر الاسلام كما فى المصفى لكن فى الحقائق ان الخلاف فيما اختلفا فى الامتعة المشكلة كما فى القهستانى وفى التنوير اعتقت الامة واختارت نفسها فما فى البيت قبل العتق فهو للرجل وما بعد العتق قبل ان تختار نفسها فهو على ما وصفنا فى الطلاق رجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام وعلى عنقه بدرة وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب الدار فهو للمعروف باليسار وكذا كناس فى منزل رجل وعلى عنقه قطيفة يقول هى لى وادعاها صاحب المنزل فهى لصاحب المنزل رجلان فى سفينة بها دقيق فادعى كل واحد السفينة وما فيها واحدهما يعرف ببيع الدقيق والاخر يعرف بانه ملاح فالدقيق للذى يعرف ببيعه والسفينة لمن يعرف انه ملاح وتمامه فى المنح فليطالع

﴿فصل﴾ فى بيان احكام دفع الدعاوى

(قال ذو اليد) فى جواب من ادعى شيئا فى يده (ان هذا الشئ اودعنيه فلان الغائب او اعارنيه او آجرنيه اورهننيه او غصبته منه) اى من فلان الغائب (وبرهن على ذلك) المذكور (اندفعت خصومة المدعى) لانه اثبت امرين احدهما الملك للغائب وهو غير مقبول شرعا والاخر دفع خصومة المدعى وهذا مقبول وقال ابن شبرمة لا تسقط خصومة المدعى لان البينة تثبت الملك للغائب ولا ولاية لاحد على غيره فى ادخال شئ فى ملكه بلا رضائه وقال ابن ابى ليلى تسقط الخصومة بلا بينة لانه لا تهمة فيما اقر به على نفسه فتبين ان يده يد حفظ لا يد خصومة (وقال ابو يوسف فمن عرف بالحيل) جمع حيلة (لا تندفع الخصومة وبه يؤخذ) واختاره فى المختار ان المدعى عليه ان كان صالحا فكما قال الامام وان كان معروفا بالحيل لم تندفع عنه لانه قد يأخذ مال الغير غصبا ثم يدفعه سرا الى من يريد ان يغيب ويقول له اودعه عندى بحضرة الشهود قصدا لابطال حق الغير فلا تقبل بينته لهذه التهمة (وان قال الشهود اودعه من لا نعرفه لا تندفع) الخصومة بالاجماع لاحتمال ان يكون المدعى من اودعه (بخلاف قولهم) اى قول الشهود (نعرفه) اى المودع (بوجهه) او رأيناه (لا باسمه ونسبه حيث تندفع) الخصومة (عند الامام) لان القضاء لا يقع على الغائب ليشترط العلم بنفسه ونسبه وانما يقضى على المدعى بالدفع عن ذى اليد وهما معلومان وهو اثبت بينته انه ليس بخصم لهذا المدعى (خلافا لمحمد) فانه قال لا تندفع الخصومة معروفا كان بالحيلة اولا وانما تندفع اذا عرف الشهود ذلك الرجل باسمه ونسبه لان الخصومة توجهت على ذى اليد بظاهر يده ولا تندفع الا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه والمعروف بالوجه لا يكون معروفا فصار هذا بمنزلة قول الشهود لا نعرفه اصلا وفى البزازية وتعويل الائمة على قول محمد فهذه المسئلة تسمى مخمسة كتاب الدعوى للاشتمال على قول الامام وابى يوسف ومحمد وابن ابى ليلى وابن شبرمة كما ترى او لان صورها خمس وديعة واجارة واعارة ورهن وغصب كما فى اكثر الكتب لكن

فى البحر هذا اذا ادعى المدعى ملكا مطلقا فى العين كما افاده عدم تقييده ويدل عليه ماسيأتى من المسائل القابلة لهذه ومن المعلوم ان فرض هذه المسئلة بعد اقامة المدعى البرهان لما تقرر فى كلامهم من ان الخارج هو الطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى عليه الى الدفع قبله وحاصله ان المدعى لما ادعى الملك المطلق فيما فى يد المدعى عليه انكره وطلب من المدعى البرهان فاقامه ولم يقض القاضى به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهن على الدفع وفى البحر وكذا الحكم لو قال وكلنى صاحبه بحفظه كما فى المبسوط وكذا الحكم او قال اسكننى فيها فلان الغائب وكذا الحكم او قال سرقته منه او اخذته منه اوضل منه فوجدته كما فى الخلاصة فالصور عشر وبه علم ان الصور لم تنحصر فى الخمس فالاولى ان يفسر المخمسة بالاقوال (واوقال) ذو اليد (شريته منه) اى من فلان الغائب (لاتندفع) الخصومة لكون يده يد خصومة لاعترافه سبب الملك وهو الشراء (وكذا) لاتندفع الخصومة (اوقال المدعى سرقته) بتاء الخطاب (اوغصبته منى) فقال ذو اليد اودعنيه فلان الغائب (وان) وصلية (برهن ذو اليد على ايداع الغائب) لان المدعى لما قال لصاحب اليد غصبته منى صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لايمكنه الخروج عنها بالاحالة على الغير لان اليد فى الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذى اليد ولاتندفع الخصومة بانتفاء يده حقيقة بخلاف الملك المطلق (وكذا) لاتندفع (ان قال) المدعى (سرق منى) على البناء للمفعول عند الشيخين استحسانا (خلافا لمحمد) وهو القياس لانه لم يدع الفعل على ذى اليد بل على مجهول فصار كما او قال غصب منى على البناء للمفعول ولهما ان ذكر الفعل يستدعى الفاعل لامحالة والظاهر انه ذو اليد الا انه لم يعينه درأ للحد عنه فصار كانه قال له سرقته منى بخلاف الغصب فانه لاحد فيه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فاقام البينة تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه وانما قضى على ذى اليد فقط وفى التنوير قال فى مجلس الحكم انه ملكى ثم قال فى مجلسه انه وديعة عندى من فلان تندفع من البرهان على ماذكر ولو برهن المدعى على مقالته الاولى يجعله خصما ويحكم عليه لسبق اقراره ويمنع من الدفع (واوقال المدعى ابتعته من زيد وقال ذو اليد اودعنيه هو) اى زيد (اندفعت) الخصومة (بلاحجة) لانهما اعترفا على ان الملك فى الاصل لغيرهما فيكون وصوله الى صاحب اليد من جهة زيد البايع فلاتكون يده يد خصومة (الا اذا برهن المدعى ان زيدا وكله بقبضه) فحينئذ لاتندفع وتصح دعواه لانه اثبت ببينة كونه احق بامساكها ولو صدقه ذو اليد فى شرائه منه لا يأمره القاضى بالتسليم اليه حتى لايكون قضاء على الغائب باقراره وهى عجيبة وفى البحر قد يتلقى اليد من الغائب للاحتراز عما اذا قال ذو اليد اودعنيه وكيل فلان ذلك لم تندفع لابينة لانه لم يثبت تلقى اليد ممن اشترى هو منه لانكار ذى اليد ولامن جهة وكيله لانكار المدعى وكذا لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا ان الموكل دفعها الى ذى اليد وتقييده بدعوى الشراء من الغائب اتفاقى ففى البزازية ادعى انه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد ان هذا الغائب اودعه عنده اندفعت الخصومة لاتفاقهما على وصول العين من غيره وان صاحب اليد ذلك الرجل بخلاف مالو كان مكان دعوى الغصب دعوى السرقة فانه لاتندفع زعم ذى اليد ايداع ذلك الغائب فى الاستحسان انتهى

﴿باب دعوى الرجلين﴾

لما فرغ من بيان دعوى الواحد ذكر دعوى مازاد عليه والواحد قبل مازاد (لاتعتبر بينة ذى اليد فى الملك المطلق) وهو ان يقول فى دعواه ان هذا ملكى ولم يبين سبب ملكه (وبينة الخارج فيه) اى فى المطلق (احق) بالاعتبار وبه قال احمد وقال الشافعى ومالك بينة ذى اليد احق لاعتضادها باليد ولنا ان البينة شرعت للاثبات وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه لاملك له على المدعى بوجه وذو اليد له ملك عليه باليد فترجحت بينة الخارج بكثرة ثبوتها الا اذا ادعى ذو اليد مع الملك

فيلا كالعتق والتدبير والاستيلاد فبينة ذى اليد اولى بخلاف الكتابة كما سيأتى قيد بالمطلق لاستوائهما فى المقيد بالسبب وهذا ان وقتا اولم يوقتا باتفاق (برهنا) اى الخارجان (على ما فى يد آخر) اى لو برهن خارجان على عين فى يد ثالث منكر بعد ادعاء كل منهما ملكا مطلقا فاقاما البينة (قضى به) اى بهذا الشئ (لهما) بطريق الاشتراك عندنا لقبول الشركة على المناصفة لان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم قضى بناقة بينهما بنصفين لاستوائهما فى سبب الاستحقاق ولم يأمر عليه الصلاة والسلام بالقرعة لان استعمال القرعة فى وقت كان القمار مباحا ثم انتسخت بحرمة القمار اذ تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار وكذا تعيين المستحق بخروج القرعة بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضى ثمه ولاية التعيين بغير قرعة وانما يقرع لتطييب القلوب ونفى تهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك فى معنى القمار خلافا للشافعى واحمد كما سيأتى (ولو برهنا على نكاح امرأة سقطا) لتعذر العمل بها لان المحل لا يقبل الاشتراك واذا تهاترا فرق القاضى بينهما حيث لا مرجح واذا تهاترا وكان قبل الدخول فلا شئ على كل واحد منهما كما فى البحر وهذا مقيد بما اذا كان المدعيان حيين والمرأة اما لو برهنا عليه بعد موتها ولم يورخا اوارخا واستوى تاريخهما فانه يقضى بالنكاح بينهما وعلى كل واحد منهما نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد فان جاءت بولد يثبت النسب منهما ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل وهما يرثان من الابن ميراث اب واحد كما فى المنح (وهى) اى المرأة (لمن صدقته) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين اذا لم تكن المرأة المتنازعة فيها فى يد من كذبته ولم يكن دخل من كذبته بها واما اذا كانت فى يد الآخر اودخل بها فلا اعتبار بالتصديق لانه دليل على سبق عقده كما فى المنح (فان ارخا) اى المدعيان نكاحها وكان تاريخ احدهما سابقا (فالسابق احق) بها من الآخر لانه لا معارض فى هذا الزمان فيكون القضاء للسابق انعقد اللاحق وبرهانه باطل ولا يعتبر ما ذكر من كونها فى يده اودخل بها واورخ احدهما فقط فانها لمن اقرت له كما او ارخ احدهما والآخر يد فانها لذى اليد كما فى البزازية (وان اقرت) المرأة بالزوجية (لاحدهما قبل البرهان فهى) اى المرأة (له) لتصادقهما عليه (فان برهن الاخر) اى الذى لم تقر له (بعد ذلك) اى بعد الاقرار الاول (قضى له) اى للمبرهن لقوة البرهان فان برهنا بعد الاقرار فالسابق اولى (وان برهن احدهما) على نكاحها (وقضى له) بالنكاح (ثم برهن الاخر) على انه نكحها (لا يقبل) برهانه اذ لا ينقض شئ بمثله وههنا صار الاول اقوى لاتصال القضاء به (الا) وقت (ان ثبت) ذلك الاخر بالبينة (سبقه) اى سبق نكاحه اياها على نكاح الاول فحينئذ يقضى له لتيقن الخطأ فى الاول (وكذا لا يقبل برهان خارج على) زوج (ذى يد) على امرأة (نكاحه ظاهر) بنقلها الى بيته اوالدخول معه الا ان اثبت الخارج (سبقه) اى سبق نكاحه على نكاح ذى اليد بالبينة فانه يقضى له للامر (وان برهنا) اى الخارجان (على شراء شئ من آخر) اى من ذى يد بلا تاريخ (فلكل نصفه) اى لكل واحد منهما نصف ذلك الشئ (بنصف ثمنه) اى ثمن ذلك الشئ ان شاء ورجع به على البائع بنصف ثمنه (او تركه) اى ترك النصف ان شاء لانهما لما استويا فى السبب وجب على القاضى ان يقضى به بينهما لتعذر القضاء بكله فتخير كل منهما لتغير شرط عقده عليه اقلة رغبته فى تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وعند الشافعى فى قول واحد يقرع وفى قول آخر تهاترت البينتان ويرجع الى تصديق البائع لان احديهما كاذبة بيقين قلنا ان المحل الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لزيد على الكمال ومملوكا لعمرو على الكمال لان المشهود فى الحقيقة هو السبب لانه المحسوس المحاط للشهود وكل واحد من الفريقين هناك صادق بان يعاين السبب من رجلين ولا يعلمان سبق احدهما (وبترك احدهما) نصفه (بعد ما قضى لهما لا يأخذ) المدعى (الاخر كله) لان القضاء انفسخ العقد فى حق كل فى النصف قيد بقوله بعد القضاء لانه قبل القضاء به

رأخذكاه لاثبات برهانه اشتراء الكل بلا مزاحم للقضاء (فان كان لاحدهما يد او تاريخ فهو) اى صاحب اليد او التاريخ (اولى) لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه اذ قبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب الازمان وهو الحال مع ان قبض الشئ متأخر عن شرائه فصار شراؤه اقدم تاريخا من شراء غير القابض وبالتاريخ اثبت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وقال صاحب البحر ولى اشكال فى عبارة الكتاب هو ان اصل المسئلة مفروضة فى خارجين تنازعا فيما فى يد ثالث فاذا كان مع احدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسئلة ثم رأيت فى المعراج مايزيله من جواز ان يراد انه اثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن فى يد البائع الا انه يشكل ماذكره بعده عن الذخيرة بان ثبوت اليد لاحدهما بالمعاينة انتهى والحق انها مسئلة اخرى وكان ينبغى افرادها انتهى (وان ارخا فالسابق اولى وان كان لاحدهما يد وللآخر تاريخ فذو اليد اولى) لانه اثبت الشراء فى زمان لاينازعه فيه احد فاندفع به ثم لايقضى بعده لغيره الا اذا تلقى الملك منه (والشراء احق من هبة) مع قبض (وصدقة مع قبض) اى لو برهن خارجان على ذى يد احدهما على الشراء منه والاخر على الهبة منه كان الشراء اولى من الهبة والصدقة لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك فى الهبة والصدقة يتوقف على القبض هذا ان لم يورخا فلو ارخا واتحد المملك فالاسبق تاريخا منهما احق بخلاف ما اذا اختلف المملك فانهما سواء فى صورة التاريخ وعدمه لان كلا منهما خصم عن مملكه فى اثبات ملكه وهما فيه سواء بخلاف ما اذا اتحد لاحتياجهما الى اثبات السبب وفيه تقدم الاقوى ولو ارخت احديهما فقط فالمورخة اولى قيد بكونهما خارجين للاحتراز عما اذا كانت فى يد احدهما والمسئلة بحالها فانه يقضى للخارج الا فى اسبق التاريخ فهو للاسبق وان ارخت احديهما فقط فلا ترجيح لها وان كانت فى ايديهما يقضى بينهما الا فى اسبق التاريخ فهى له كدعوى ملك مطلق كما فى البحر (والهبة والصدقة فيما لايحتمل القسمة) كالعبد والدابة (سواء) بالاتفاق فيقضى بينهما نصفين لاستوائهما فى كونهما تبرعا واما فيما يحتمل القسمة كالدار فهما سواء عند البعض لان الشيوع طارئ فيقضى بينهما نصفين وعند البعض لايصح لانه تنفيذ الهبة فى الشايع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا اصح كما فى الهداية وفى البحر وحاصله ان الصدقة اولى من الهبة فيما يحتمل القسمة وهذا عند عدم التاريخ والقبض واما اذا ارخا قدم الاسبق وان لم يورخا ومع احدهما قبض كان اولى وكذا ان ارخ احدهما فقط وفى الخلاصة ولو كان كلاهما هبة او صدقة او احدهما هبة والاخر صدقة فلم يذكر الشهود القبض لايصح وان ذكروا القبض ولم يورخوا او رخوا تاريخا واحدا فهو بينهما اذا كان لا يحتمل القسمة وان كان يحتملها فلا يقضى لهما بشئ عند الامام وعندهما يقضى بينهما نصفين ولو كان فى يد احدهما يقضى له بالاجماع (وكذا الشراء والمهر عند ابى يوسف) اى ادعى شخص ان هذا الشئ اشتريته من زيد وادعت امرأة ان زيدا تزوجها على هذا الشئ فاقاما البينة ولم يذكرا تاريخا او ذكرا واستوى تاريخهما يقضى لكل واحد منهما بالنصف لان الشراء والمهر سواء فى اثبات الملك ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج وللمشترى نصف الثمن المنقود على البائع وله فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه (وعند محمد الشراء اولى) فيقضى لصاحب الشراء (وعلى الزوج القيمة) اى قيمة المبيع للمرأة لان البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وهو ممكن بان يجعل الشراء سابقا اذا تزوج على ملك الغير صحت التسمية فيجب القيمة عند تعذر تسليم العين قيد بالشراء لانه لو اجتمع نكاح وهبة او رهن او صدقة فالنكاح اولى وفى المنح اعتراض عن طرف صاحب الفصولين وجواب عن طرف صاحب البحر فليطالع (والرهن مع القبض اولى من الهبة)

بلاعوض (معه) اى مع القبض يعنى لوادعى احدهما رهنا مقبوضا والاخر هبة وقبضا واقاما البينة ولم يورخا فدعى الرهن اولى استحسانا والقياس ان الهبة اولى لانها تثبت الملك و الرهن لايثبته فكانت البينة للزيادة اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون و بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى (فان كانت) اى الهبة (بشرط العوض فهى) اى الهبة (اولى) من الرهن لكونها فى معنى البيع انتهاء فيكون عقدها عقد ضمان يثبت الملك معنى وصورة بخلاف الرهن فانه لايثبته الاعند الهلاك معنى لاصورة هذا اذا كانت العين فى يد ثالث اذ لو كانت فى ايديهما يقضى بها بينهما نصفين الا ان يورخا وتاريخ احدهما اسبق فيقضى له (وان برهن خارجان ملك على مورخ) هذه المسئلة قد ذكرت واعادتها هنا لاجل ذكر التاريخ (اوشراء مورخ عن واحد) متعلق بشراء (غير ذى اليد) احترز بهذا عما برهنا على ما فى يد آخر كما مر تفصيلها (فالسابق اولى) لانه اثبت ملكه فى وقت لاينازعه فيه احد الا اذا تلق الملك منه وهذا القول متفق عليه على تخريج الكرخى وقول الامام على تخريج صاحب الامالى وقول ابى يوسف آخرا و محمد اولا و فى قوله الاخر وهو قول ابى يوسف اولا بينهما كما فى التبيين (وان برهن احدهما على الشراء من زيد و) برهن (الاخر عليه) اى على الشراء (من بكر واتفق تاريخهما فهما سواء) حتى يكون المبيع بينهما نصفين لان كل واحد منهما ثبت الملك لبايعه وملك بايعه مطلق بلا تاريخ فصار كما اذا حضر البايع فادعى الملك المطلق فيكون بين الخارجين لاستواء تاريخهما (وكذا لو وقت احدهما فقط) لان توقيت احدهما لايدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما لو اتفقا على الملك لايتلق الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره وفى البحر ان البينة على الشراء لاتقبل حتى يشهدوا انه اشتراها من فلان وهو يملكها وتمامه فيه فليطالع (ولو برهن خارج على الشراء من شخص و) برهن خارج (اخر على الهبة والقبض من غيره و) برهن خارج (اخر على الارث من ابيه و) برهن خارج (اخر على الصدقة والقبض من رابع قضى بينهم ارباعا) سواء كان معهم اومع بعضهم تاريخ اولم يكن لانهم يثبتون الملك لملكهم وذلك لاتاريخ فيه ولايقدم الاقوى كما فى التبيين (ولو برهن خارج على ملك مورخ وذواليد على ملك اقدم منه) اى من الخارج (فهو) اى ذواليد (اولى) عند الشيخين (خلافا لمحمد فى رواية) وفى رواية عنه على ما قالا ثم رجع عنه فقال لاتقبل بينة ذى اليد فى الملك المطلق اصلا لان البينة فيه تثبت اولية الملك فيستوى فيها التقدم والتأخر فصار كانهما قامتا على الملك المطلق ولهما ان البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره فى وقت التاريخ و بينة ذى اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلق من جهته وهو لم يدع ذلك فيد بسبق تاريخ ذى اليد لانه لو لم يكن لهما تاريخ او استوى تاريخهما او ارخت احديهما فقط كان الخارج اولى (وكذا الخلاف لو كانت اليد لهما) واقاما البينة فصاحب الوقت الاول اولى فى قول الشيخين وفى قول محمد لايعتبر الوقت فكانهما اقامتا على مطلق الملك فيكون بينهما (ولو برهن خارج وذو يد على ملك مطلق ووقت احدهما فقط فالخارج اولى) عند الطرفين (وعند ابى يوسف) وهو رواية عن الامام (ذو الوقت اولى) لانه اقدم وصار كما فى دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ههنا حيث وقع الشك فى التلق من جهته (ولو كان المدعى فى ايديهما او فى يد ثالث والمسئلة بحالها) اى ادعى ذواليد والخارج واقام البينة وارخت احدى البينتين (فهما سواء) عند الامام (وعند ابى يوسف الذى وقت اولى وعند محمد الذى اطلق اولى) وعلل صاحب الهداية بان دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوايد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولابى يوسف ان التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت

بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن والامام ان التاريخ يضاف اليه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ انتهى لكن صورة فى المسئلة الثانية وهى قوله اوفى يد ثالث واما فى المسئلة الاولى وهى قوله واوفى ايديهما فذكر ان يكون نظير قوله ولواقام الخارج وذواليد على ملك مطلق الى آخره فقال فى عقبه فعلى هذا اذا كانت الدار فى ايديهما انتهى قال صاحب الايضاح وغيره فى تفسيره بان اقام احدهما على ملك متورخ والآخر على مطلق الملك سقط التاريخ عندهما وعنده صاحب الوقت اولى انتهى فبهذا التقرير ظهر مخالفة المصنف لما فى الهداية تدبر (وان برهن خارج وذو يد على النتاج) اى اقام كل منهما بينته (فذواليد اولى) لان بينتهما قامتا على مالايدل عليه اليد فاستويا فى الاثبات وترجحت بينة صاحب اليد باليد فيقضى له به ولاعبرة للتاريخ لان اولية الملك تستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من احدهما اومنهما اتحد التاريخان او اختلفا مالم يذكرا تاريخا مستحيلا بان لم يوافق سن المدعى والقياس ان يكون الخارج اولى وبه قال ابن ابى ليلى وقال عيسى بن ابان تهاترت البينتان ويترك فى ذى اليد لا على وجه القضاء ووجه الاستحسان ما روى انه عليه الصلاة والسلام قضى لذى اليد بناقة بعد مااقام الخارج بينة انها ناقته نتجها واقام ذواليد البينة انها ناقته نتجها ولان اليد لاتدل على اولية الملك فكان مساويا للخارج فباثباتها يندفع الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع (وكذا لو برهن كل على تلقى الملك من آخر وعلى النتاج عنده) اى لو تلقى كل واحد من الخارج وذى اليد الملك من رجل فكان هنالك بايعان واقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج فى يد نفسه فيقضى به لذى اليد كان البايعين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمه لصاحب اليد كذا ههنا كما فى العناية (ولو برهن احدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج فهو) اى صاحب النتاج (اولى) ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك صريحا فلا يثبت للآخر الا بالتلقى منه والآخر لم يتعلق منه واوليته تثبت دلالة ولاعبرة بها مع الصريح (وكذا لو كانا خارجين) فبرهن احدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج فبينة النتاج اولى لما بينا (ولو قضى بالنتاج) لذى اليد (ثم برهن ثالث على النتاج قضى له) اى للثالث (الا ان يعيد ذواليد برهانه) لان بينة ذى اليد ماقامت على هذا المدعى وانما قامت على الاول فلم يصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية (كما لو برهن المقضى عليه بالملك المطلق على النتاج يقبل وينقض القضاء) اى لو ادعى ذواليد والخارج الملك المطلق وبرهنا فقضى على ذى اليد بالملك ثم ان ذا اليد المقضى عليه اواقام البينة على النتاج تقبل وينقض به القضاء الاول لانه بمنزلة النص فى دلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفى القياس لايقبل برهانه لصيرورته مقضيا عليه بالملك كما فى العناية وفى البحر اطلق فشمل ما اذا برهن الخارج فقط على النتاج وقضى له ثم برهن ذواليد يقضى له ويبطل القضاء الاول ولو ادعى ذواليد نتاجا ايضا ولم يبرهنا حتى حكم بها للمدعى بالنتاج ثم برهن المدعى عليه على النتاج لاينتقض الحكم ثم اعلم ان المقضى عليه فى حادثة لاتسمع دعواه بعده الا اذا برهن على ابطال القضاء او على تلقى الملك من المقضى له او على النتاج انتهى (وكل سبب لايتكرر) اى فى الملك اذا ادعاه ذواليد (فهو مثل النتاج) اى حكمه حكم النتاج فى جميع ماذكرنا من الاحكام وذلك (كنسج ثياب لاتنسج الامرة) كما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لايتكرر نسجه وكما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها (وحلب اللبن) فانه مما لايتكرر ايضا فاذا ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته (واتخاذ الجبن) بان ادعى جبنا انه ملكه صنعه فى ملكه (واللبد) بان

يدعي ايضا انه صنعه من الصوف الذي هو ملكه (ومرعزى) وهي كالصوف تحت شعر المعز (وجز الصوف) بان ادعى صوفا مجزوزا انه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (ومايتكرر) اى كل سبب يتكرر قضى به للخارج (بمنزلة الملك المطلق) فلا يلحق بالنتاج (كنسج الخز) وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا فانه مما يتكرر لان الخز والصوف والشعر اذا بلى ينقض و يغزل مرة اخرى ثم ينسج فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكاله بهذا الطريق فلم يكن في معنى النتاج (وكالبناء) فانه مما يتكرر لانه يبنى ثم ينهدم ثم يبنى (والغرس) لان النخل يغرس غير مرة (وزراعة البر والحبوب) لان البر قد يزرع في الارض ثم يغربل التراب فيميز البر منه ثم يزرع ثانيا فلم يكن في معنى النتاج وكذا كل مايزرع مما يكال او يوزن فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من حزه اوادعى دارا انها ملكه بناها اوادعى غرسا انه ملكه غرسه او حنطة انها ملكه زرعها اوحبا آخر من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذواليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضى به للخارج لما مر (وما اشكل) بحيث لايتيقن بالتكرر وعدمه (رجع فيه الى اهل الخبرة) لانهم اعرف به وقد قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لاتعلمون (فان اشكل عليهم) اى على اهل الخبرة (جعل كالمطلق) اى قضى به للخارج لان القضاء ببينة هو الاصل وانما عدلنا عنه بخبر النتاج كما روينا فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل (وان برهن خارج على ملك مطلق وذو يد على الشراء منه) اى من الخارج بان كان عبد مثلا في يد زيد وادعاه بكر بانه ملكه و برهن عليه و برهن زيد على الشراء منه (فهو) اى ذواليد (اولى) لان الخارج وان كان يثبت اولية الملك فذواليد يتلقى الملك منه ولاتنافي فيه فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه (وان برهن كل منهما) اى من الخارج وذى اليد (على الشراء من صاحبه و لاتاريخ تهاترا) اى سقطت البينتان (وترك المال في يد ذي اليد) بغير قضاء عند الشيخين (وعند محمد) ان كان في يد احدهما (يقضى) بالبينتين (للخارج) لامكان العمل بهما بجعل ذى اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة السبق على مامر ولاينعكس لان البيع قبل القبض لايجوز ولهما ان الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار منه بالملك له فصار بينة كل منهما كانها قامت على اقرار الآخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا كما في التبيين (وان ارخا) اى الخارج وذواليد (في العقار بلاذكر قبض وتاريخ الخارج اسبق قضى لذى اليد) عند الشيخين فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من ذي اليد وهو جائز في العقار عندهما (وعند محمد) قضى (للخارج) اذ لايصح عنده بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وفي التبيين وكان ينبغي ان يقضى به لذى اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضه ثم باعه لذي اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضه ثم باعه من بايعه وهو ذواليد تصحيحا للعقد انتهى (وان اثبتا قبضا قضى لذى اليد اتفاقا) لان البيعين جائزان على القولين لان الخارج باعه من بايعه بعد ماقبضه وذلك صحيح (وان كان وقت ذى اليد اسبق قضى للخارج في الوجهين) فيجعل كانه اشتراه ذواليد وقبض ثم باع ولم يسلم اوسلم ثم وصل اليه بسبب آخر كما في الهداية لكن في البحر وفي المبسوط مايخالفه كما علم من الكافي وتمامه فيه فليطالع قال ابن الشيخ في شرح الوقاية قالوا حاصل الكلام في ضبط هذه الاقسام ان كان تاريخ احد المدعيين عند اقامتهما البينة سابقا فهو احق وان لم يكن سابقا بل كان مساويا بان ارخا موافقا اولم يورخا اصلا اوارخ احدهما وكان كل واحد منهما صاحب يد اوكان كل منهما خارجا في الملك المطلق اوفي الملك بسبب فهما متساويان الااذا تلقيا من واحد وارخ احدهما فهو احق وان كان احدهما صاحب يد والآخر

خارجا فالخارج احق في الملك المطلق عند التساوي في التاريخ الا اذا ادعيا الملك فعلا بان قال
هو عبدي اعتقته او دبرته فذو اليد احق بخلاف ما اذا قال كل واحد هو عبدي كاتبته فهما
متساويان لكونهما خارجين اذ لابد في عقد الكتابة من اهلية العاقدين فاذا عقدا يكون العبد معتقا
يدا فلا يتصور اليد عليه بخلاف المعتق فانه في يد المولى اذا كان صغيرا او كبيرا لا يعرف عتقه ولو قال
احدهما عبدي كاتبته وقال الآخر دبرته او اعتقته فهو اولى لان كل بينة يكون اكثر
اثباتا فهو احق هذا في الخارج وذو اليد في ملك المطلق اما في الملك بسبب فان ذكر الخارج
وذو اليد سببا واحدا وتلقيا من واحد فذو اليد احق وان تلقيا من اثنين فالخارج احق عند
التساوي في التاريخ وان ذكرا سببين كالشراء والهبة وغير ذلك ينظر الى قوة السبب انتهى
(ولا ترجيح بكثرة الشهود) لان الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته حتى لو اقام احد المدعيين
شاهدين والآخر اربعة فهما سواء اذ شهادتهما ليست اقل من شهادتهم في اثبات المدعى
لان الاثنين علة تامة موجبة للحكم فالكثرة لا تصلح للترجيح ولذا لا ترجح الاية باربعة اخرى ولا الخبر
بالخبر وانما يرجح بقوة فيه بان كان احدهما متواترا والآخر من الاحاد او كان احدهما مفسرا والآخر
محتملا فيرجح المفسر على المحتمل والمتواتر على الاحاد لقوة وصف فيه وقيل يقضى لاكثرهما
عددا لان القلب اميل الى قول الاكثر وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة لان المعتبر في الشاهد
اصل العدالة وهي ليست بذي حد فلا يقع الترجيح بها خلافا لمالك (وان ادعى احد
خارجين نصف دار والآخر كلها) وبرهنا على ذلك (فالربع للاول) عند الامام (وعندهما)
للاول (الثلث والباقي للآخر) لان الامام اعتبر طريق المنازعة وهو ان صاحب النصف
لا ينازع صاحب الكل في النصف فسلم له النصف واستوت منازعتهما في النصف الآخر
فينصف النصف بينهما فلصاحب الكل ثلاثة ارباع ولصاحب النصف الربع وهما
اعتبرا طريق العول والمضاربة لان في المسئلة كلا ونصفا فالمسئلة من اثنين وتعول الى ثلاثة
ولصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم هذا هو العول واما المضاربة فان كل واحد
يضرب بكل حقه فلصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة فيضرب الثلثين في الدار وصاحب النصف
له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث في الدار فيحصل له ثلث الدار لان ضرب الكسور بطريق
الاضافة فانه اذا ضرب الثلث في الستة معناه ثلث الستة وهو اثنان وفي البحر تفصيل فليراجع
(وان كانت) الدار (في يدهما فكلها) اي كل الدار (لمدعي الكل نصف بقضاء ونصف
بلا قضاء) لان دعوى مدعي النصف منصرفة الى ما في يده لتكون يده يدا محقة في حقه لان حمل
امور المسلمين على الصحة واجب فمدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب الجميع فسلم النصف
لمدعي الجميع بلا منازعة فبقي ما في يده لا على وجه القضاء اذ لا قضاء بدون الدعوى واجتمعت بينة
الخارج وذي اليد فيما في يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج ولو كانت في يد ثلاثة فادعى احدهم
كلها وآخر ثلثها وآخر نصفها وبرهنوا فهي مقسومة عنده بطريق المنازعة وعندهما بالعول
وبيانه في الكافي فليطالع (ولو برهن خارجان على انتاج دابة وارخا قضي لمن وافق سنها تاريخه)
لرجحانه بشهادة الحال ولا فرق في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان
المعنى لا يختلف (وان اشكل) اي سنها بان لا يوافق التاريخين لعدم العلم (فلهما) اي يقضى لهما
لعدم رجحان احد البرهانين (وان خالفهما) اي خالف السن التاريخين معا (بطلا) اي البرهانان
لظهور كذب كل من الفريقين فتترك الدابة بغير قضاء في يد صاحب اليد كما في الهداية وغيرها
وفي التبيين والاصح انهما لا تبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين او كانت في ايديهما وان
كانت في يد احدهما يقضى بها بينهما وتمامه فيه فليطالع (وان برهن احد الخارجين على غصب
شيء والآخر على وديعته استويا) لان المودع اذا انكر الوديعة يصير غاصبا وبرهان الوديعة

يتضمن انكار صاحب يد

﴿فصل في التنازع بالايدي﴾

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في وقوعه بظاهر اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا اقامت البينة لايلتفت الى اليد فقال (لابس الثوب اولى من الاخذ بكمه والراكب احق من الاخذ باللجام ومن في السرج احق من الرديف) اى لو تنازعا ثوبا احدهما لابس والآخر آخذ بكمه وغيره من الاطراف ولا بينة فاللابس اولى من الآخذ في كونه صاحب يد لانه متصرف ومستعمل وكذا لو تنازعا دابة احدهما راكبها والآخر آخذ بلجامها والراكب اولى في كونه ذا يد اذ تصرفه اقوى وكذا لو تنازعا دابة احدهما راكب بسرجها والآخر رديفه فالاول احق لان تمكنه من ذلك دليل على تقدم يده وقيل هي بينهما على السواء (وصاحب الحمل اولى ممن علق كوزه عليها) اى اذا تنازعا دابة وعليها حمل لاحدهما وللاخر كوز والاول اولى من كونه ذا يد لانه اكثر تصرفا فيها ولا ترجيح بكثرة الحمل ان كانا حملاها وتنازعا كما لاعبرة بكثرة الشهود واذا اقاما بينة في هذه الصور فبينة من كان في حكم خارج اولى لما مر مرارا (والراكبان بلا سرج او) راكبان (فيه) اى في السرج (سواء) لاستوائهما في التصرف ولو كان احدهما متعلقا بذنبها والاخر ممسكا بلجامها قالوا ينبغي ان يقضى بها لمن يمسك بلجامها لانه لايتعلق باللجام غالبا الا المالك بخلاف التعلق بالذنب (وكذا الجالس على البساط والمتعلق به) سواء اى اذا تنازعا في بساط احدهما قاعد عليه والاخر متعلق به فهو بينهما نصفان لا على طريق القضاء لان الجلوس عليه ليس بيد فاستويا في عدم اليد بخلاف الركوب واللبس لان المرأ يصير بهما غاصبا لا بالجلوس وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما (وكذا من معه) اى وكذا ان كان (ثوب) في يد رجل (وطرفه مع آخر) حيث ينصف بينهما وان كان يد احدهما في الاكثر لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما مستمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال كما في العناية بخلاف جالسى الدار تنازعا فيها حيث لايقضى بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره لان الجلوس لايدل على الملك (والحائط) وهو الجدار (لمن جذوعه عليه) اى على الحائط (او اتصل بنائه اتصال تربيع) اتصال التربيع اتصال جدار بجدار بحيث يتداخل لبنات هذا الجدار في لبنات ذلك وانما سمى اتصال التربيع لانهما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساج احدهما مركبا في الاخر واما اذا نقب وادخل فلا يكون مربعا فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم التداخل فلا يدل على انهما بنيا معا (لا لمن له عليه هرادى) وهى خشبات توضع على الجذوع ويلقى عليها التراب فانها غير معتبرة وكذا البوارى لانه لم يكن استعمالا له وضعا اذ الحائط لايبنى لها بل للتسقيف وهو لايمكن على الهرادى والبوارى كما في الدرر (بل الجاران فيه سواء) يعنى اذا تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للاخر شئ فهو بينهما لان الحائط لايبنى لاجلها بخلاف الجذوع (وان كان لكل) من الرجلين (عليه) اى على الحائط (ثلاثة جذوع فبينهما) لاستوائهما في اصل العلة (ولا ترجيح بالاكثر منها) اى من الثلاثة يعنى ولا معتبر بالكثرة والقلة بعد ان يبلغ ثلاثا لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا واشترط ان يبلغ الثلاث لان الحائط يبنى للتسقيف وذلك لايحصل بما دون الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له (وان كان لاحدهما ثلاثة) جذوع (وللاخر اقل فهو) اى الحائط (لصاحب الثلاثة) استحسانا وهو قول الامام والقياس وهو مروى عن الامام ان يكون بينهما نصفين لما بيناه ان الترجيح بالقوة لا بالكثرة فيستويان ووجه الاستحسان ان مادون الثلاث حجة ناقصة اذ لايبنى الحائط فيما دونه والحجة الناقصة لاتظهر بمقابلة الكاملة (وللاخر موضع خشبه) باتفاق

الروايات لا نا حكمنا بالحائط لصاحب جذوع بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق ولا يؤمر بالقلع ثم اختلفت الروايات بعد ذلك فى انه يملك ذلك الموضع اولا ذكر فى كتاب الدعوى ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون فى يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق فيه وصححه قاضيخان وفى كتاب الاقرار ان الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع لان الحائط لا يبنى لاجل جذع اوجذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له بالملك وفى المحيط وهو اصح وتمامه فى التبيين فليطالع (ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذى الاتصال) اى صاحب الاتصال اولى (وللآخر) اى صاحب الجذوع (حق الوضع) وهذه رواية الطحاوى وصححه الجرجانى لان الحائطين بهذا الاتصال كبناء واحد فالقضاء ببعضه يصير قضاء بكله ثم يبقى للآخر وضع جذوعه لما بيناه ولا فرق بين ان يكون الاتصال من جانب اومن جانبين (وقيل لذى الجذوع) اى صاحب الجذوع اولى ورجح السرخسى هذه الرواية لان له تصرفا فى الحائط ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى فى الدلالة على الملك وفى المحيط الايدى فى الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء فاولاهم صاحب التربيع ثم صاحب جذوع ثم صاحب المحاذاة (وذو بيت من دار كذى بيوت منها) اى من الدار (فى حق ساحتها) اى الساحة نصفان بينهما لاستوائهما فى الاستعمال وهو المرور فيها والتوضى وكسر الحطب و وضع الامتعة ونحو ذلك فصارت نظير الطريق بخلاف ما اذا تنازعا فى الشرب حيث يقسم بينهما على قدر اراضيهما (ولو ادعيا ارضا كل) منهما يدعى (انها) اى الارض (فى يده وبرهنا) كذلك (قضى بيدهما) لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضى (فان برهن احدهما) فقط (اوكان) احدهما (لبن فيها) اى فى الارض لبنا (اوبنى) فيها (اوحفر) فيها (قضى بيده) اما الاول فلقيام الحجة فان اليد حق مقصود واما فى الصور الباقية فلوجود التصرف والاستعمال ولو قال اوتصرفا بدل اوكان لبن فيها اوبنى اوحفر لكان اشمل واقصر تدبر (وفى يده صبى يعبر عن نفسه) اى يتكلم ويعلم ما يقول (قال انا حر) وانكر صاحب اليد (فالقول له) لانه ان كان يعبر عن نفسه فهو فى يد نفسه فلا يقبل دعوى احد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ (وان قال) هذا الصبى (انا عبد لفلان) وهو غير ذى اليد (فهو عبد لذى اليد) بالاجماع لانه لما اقر بكونه رقيقا لفلان اقرانه ليس له استقلال ولا قدرة على نفسه فلا يعمل باقراره ويكون عبدا لذى اليد لا للخارج الا ببينة لا يقال ان الاقرار بالرق ضرر وكان الواجب ان لا يعتبر فى حق الصبى لان الرق لم يثبت بقوله بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض وتمامه فى التبيين فليراجع (وكذا من لا يعبر عن نفسه) اذ هو بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو فى يده ان ادعاه لعدم المعارض من يد على نفسه حقيقة اوحكما (فلو ادعى الحرية عند كبره لا يقبل بلا حجة) اى لو كبر وادعى الحرية فلا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا ببينة

﴿باب دعوى النسب﴾

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع فى دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه (ولدت مبيعة لاقل من نصف سنة) قرية (منذ بيعت فادعاه) اى الولد (البائع) اى بائع المبيعة (ولوا كثر) من واحد (فهو) اى الولد (ابنه) فيثبت نسبه من البائع بدعوته وان لم يصدقه المشترى لتيقن العلوق قبل البيع فى ملكه مع دعوة لم تبطل بالبيع والمراد من المبيعة الجارية التى لا تباع الامرة كما هو المتبادر فبهذا اندفع ما قيل من انه واجب عليه ان يقول منذ بيعت وقد ملكها سنتين احترازا عما اذا بيعت مرتين فولدت لاقل من ستة اشهر فانه حينئذ لم يتيقن ان العلوق

فى ملك البائع الاول او الثانى (وهى) اى الجارية (ام ولده) لان العلوق وقع فى ملكه بيقين (ويفسخ البيع) لعدم جواز بيع ام الولد فيأخذ البائع المبيعة (ويرد الثمن) لعدم سلامة المبيع للمشترى (وان) وصلية (ادعاه) اى النسب المشترى (مع دعوته) اى البائع (او) ادعاه المشترى (بعدها) لان دعوة البائع دعوة استيلاد لكون اصل العلوق فى ملكه ودعوة المشترى دعوة تحرير اذ اصل العلوق لم يكن فى ملكه والاول اقوى واسبق هذا عندنا وهو استحسان لان العلوق لما اتصل بملكه كان ذلك على كونه منه شهادة ظاهرة حيث ان الظاهر عدم الزنا مع ان النسب مبناه على الخفاء فيعفى فيه التناقض والقياس وهو قول زفر والائمة الثلاثة دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانها امة وبالدعوة يكون مناقضا واذا بطلت دعواه لم يثبت النسب بدون الدعوة الا ان يصدقه المشترى اما لو ادعى المشترى اولا ثم ادعاه البائع لايثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لايحتمل النقض كاعتاقه اذ يحتمل على ان المشترى نكحها واستولدها ثم اشتراها (وكذا) يثبت النسب من البائع (او ادعاه) اى البائع (بعد موت الام او عتقها) اى ان ماتت الام ثم ادعاه البائع وقد ولدت للاقل يثبت النسب من البائع ويأخذ الولد لان الاصل فى ثبوت النسب هو الولد لا الام ولذا تضاف الام اليه ويقال ام الولد وتستفيد الام الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها فالثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى فلا يضره فوات التبع وكذا لو ادعى البائع الولد المولود لاقل من نصف سنة بعد اعتاق المشترى الام يثبت نسبه ويحكم بحريته لا فى حق الام فلا تصير ام الولد للبائع لان دعوته ان صحت فى حق الام بطل اعتاق المشترى والعتق بعد وقوعه لايحتمل البطلان (ويرد حصته) اى حصة الولد (من الثمن فى العتق) اى يقسم الثمن على قيمتى الولد والام ويرد ما اصاب الولد من القيمة يوم الولادة ما اصاب الام من القيمة يوم القبض (و) يرد (كل الثمن فى الموت) عند الامام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى (وقالا) يرد (حصته فيهما) اى فى العتق والموت لانهما متقومة عندهما فيضمنها فعلى ماذكره يكون رد حصته من الثمن لا حصتها متفقا عليه انما الخلاف فى الموت لكن فى الدرر وغيره اذا اعتق المشترى الام او دبرها يرد البائع على المشترى حصته من الثمن عندهما وعنده يرد كل الثمن فى الصحيح كما فى الموت كذا ذكر فى الهداية فعلى هذا ان الخلاف ثابت فيهما على ما اختاره صاحب الهداية والمصنف اختار ماذكر فى المبسوط حيث قال يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق على هذا بين الموت والعتق بان القاضى كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فيبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤخذ بزعمه فيسترد بحصتها ايضا كما فى الكافى (ولو ادعاه) البائع (بعد موته) اى بعد موت الولد (او) بعد (عتقه ردت) دعواه لعدم حاجته الى النسب بعد الموت وكذا بعد عتقه لما ذكرنا ان الولد هو الاصل (ولو ولدت) الجارية المبيعة (لاكثر من نصف سنة واقل من سنتين) منذ بيعت (ان صدقه المشترى) الدعوة (فالحكم كالاول) يعنى ثبت نسبه وامية الولد ويفسخ البيع ويرد الثمن عندنا خلافا لزفر والشافعى على مامر (والا) اى وان لم يصدقه المشترى (فلا يثبت نسبه) لاحتمال ان لايكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة فلابد من تصديقه فاذا صدقه فقد رضى باسقاط حقه فيثبت النسب (وان) ولدت (لاكثر من سنتين) منذ بيعت (لاتصح دعوته) لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه وهو الاصل (فان صدقه المشترى) البائع (ثبت نسبه) اى نسب الولد (وحمل على النكاح ولايرد المبيع ولايعتق ولده) ولاتصير الامة ام ولد لحدوث العلوق بعد البيع ولايستند على ما قبله حتى لزم بطلان بيعه والامة ام ولد لبائعه بملك نكاح بان ملكها ثم باعها فاستولدها بالنكاح حملا لامره على الصلاح (وان باع عبدا ولد عنده) اى عند

البايع وكان العلوق ايضا عنده (ثم ادعاه بعد بيع مشتريه) من آخر (صحت دعوته) ويكون هوابنه (ورد بيع مشتريه) لان اتصال العلوق بملكه كالبينة والبيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لايحتمله فينقض البيع لاجله (وكذا) الحكم (لوكاتبه) اى الولد (المشترى اوكاتب) المشترى (امه اورهن) الولد اوامه (اوآجر) الولد اوامه (اوزوجها) اى الام (ثم كانت الدعوة صحت) اى دعوته (ونقضت هذه التصرفات) لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير لانهما لايحتملان النقض على مامر (ولو باع احد التوأمين ولدا عنده فاعتقه مشتريه ثم ادعى البايع) التوأم (الاخر ثبت نسبهما منه) لانهما خلقا من ماء واحد (وبطل عتق المشترى) اذ ثبوت نسب احدهما يستلزم نسب الاخر هذا اذا كان اصل العلوق فى ملك البايع وان لم يكن فى ملكه يثبت نسبهما منه عند تصديق المشترى ولايبطل عتق المشترى ولاينقض بيع البايع لان هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولايته (ومن فى يده صبى) لايعبر عن نفسه (اوقال هوابن زيد) اوهوابن عبد فلان الغائب (ثم قال هوابنى لايكون ابنه) اى ابن ذى اليد (وان) وصلية (جحد زيد بنوته) عندالامام لان النسب ممايحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لايرتد بالرد فيبقى فتمتنع دعوته واذاصدقه زيد اولم يرد تصديقه وتكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم (وعندهما يصح ان جحد) زيد بنوته وهوابن ذى اليد لان الاقرار ارتد بالرد فصار كان لم يكن والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لايحتمل النقض وفى الدرر نقلا عن العمادية ولوقال لصبى هذا الولد منى ثم قال ليس منى ثم قال هو منى يصح اذ بالاقرار بانه ابنى تعلق حق المقر والمقر له اما حق المقر له فانه ثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفى كونه مخلوقا من ماء الزنا فاذا قال ليس هذا الولد منى لايملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح ولوقال هذا الولد منى ثم قال ليس منى لايصح النفى لان النسب ثبت واذاثبت لاينتفى بالنفى وهذا اذاصدقه الابن اما بغير التصديق فلايثبت النسب لانه اقرار على الغير بانه جزئى لكن اذا لم يصدقه الابن ثم عاد الى التصديق يثبت النسب لان اقرار الاب لم يبطل بعدم تصديق الابن فيثبت النسب ولو انكر الاب الاقرار فاقام الابن البينة انه اقرانه ابنه تقبل والاقرار بانه ابنى مقبول لانه اقرار على نفسه بانه جزؤه اما الاقرار بانه اخوه لاتقبل لانه اقرار على الغير (ولوكان) الصبى المسلم (فى يد مسلم وذمى فادعى المسلم رقه و) ادعى (الكافر بنوته فهو حر ابن للكافر) لان الاسلام مرجح اينما كان والترجيح يستدعى التعارض ولاتعارض ههنا لان النظر للصبى واجب ونظره فيماذكرناه اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفى عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس فى وسعه اكتسابها وتمامه فى العناية فليطالع قيل مسلم ايضا حالا يحكم الاسلام لاعبد لمسلم هذا اذا ادعيا معا وان سبق دعوى المسلم كان عبداله وان ادعيا البنوة كان ابنا المسلم لحصول الاسلام حالا (ولو) كان الصبى (فى يد الزوجين فزعم) الزوج (انه ابنه من غيرها فزعمت) الزوجة (انه ابنها من غيره فهو) اى الولد (ابنهما) لان كلامنهما اقر للولد بالنسب وهو فى ايديهما ثم يريد كل منهما ابطال حق صاحبه فلايصدق عليه والمراد من الصبى الصبى الغير المعبر والافهو لمن صدقه (ولو استولد مشتراته) يعنى لواشترى امة فولدت منه وادعاه (ثم استحقت) الامة بدعوى مستحق (فالولد حر) وكذا اذاملكها بسبب آخر غير الشراء اى سبب كان كالارث والهبة والوصية وكذا اذاتزوجها على انها حرة فولدت له فاستحقت كمافى اكثر المعتبرات فعلى هذا لوقال ولوملك امة باى سبب كان لكان اشمل (وعلى الاب قيمته) اى قيمة الولد باجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل فى حق ابيه ورقيقا فى حق مدعيه نظرالهما (يوم الخصومة) لانه يوم المنع كولد

المغصوبة (فان مات الولد قبل الخصومة) اذ بعد الخصومة يغرم لتحقق المنع منه (فلا شيء على ابيه) لانعدام المنع (وتركته له) اى تكون تركة الولد ميراثا لابيه سواء كان قبل الخصومة او بعدها لكونه حر الاصل اذ الولد فى حيوته احق بماله فيكون الاب احق بعد وفاته لانه خلفه (وان قتله الاب غرم قيمته) لتحقق المنع من الاب بقتله (وكذا ان قتله غيره) اى غير الاب (فاخذ ديته) اى اخذ الاب مقدار قيمة الولد لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا (ويرجع) المشترى (بقيمته) اى قيمة الولد التى ضمنها (وبالثمن) اى ثمن الجارية (على بايعه) لان البايع ضمن له سلامة الولد لكونه جزء المبيع اذ الغرور يشمل سلامة جميع اجزاء المبيع (لا) يرجع (بالعقر) الذى اخذ منه المستحق لانه بدل استيفاء من منفعة البضع وهى ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البايع ضامنا لسلامته وعند الائمة الثلاثة يرجع بالعقر ايضا ولو باعها المشترى من آخر فاستولدها الثانى ثم استحقت رجع المشترى الثانى على البايع الثانى بالثمن وبقيمة الولد والمشترى الاول على البايع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند الامام وقالا يرجع عليه بقيمة الولد ايضا وفى الدرر ادعى العصوبة وبين النسب وبرهن الخصم ان النسب بخلافه ان قضى بالاول لم يقض به والا تساقطا للتعارض وعدم الاولوية برهن انه ابن عمه لابيه وامه وبرهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط او على اقرار الميت به اى بانه ابن عمه لامه فقط كان دفعا قبل القضاء بالاول لا بعده لتأكده بالقضاء بخلاف الاول وادعى ميراثا بالعصوبة فدفعه ان يدعى خصمه قبل الحكم اقراره مفعول يدعى بانه من ذوى الارحام اذ يكون حينئذ بين كلاميه تناقض انتهى

﴿كتاب الاقرار﴾

مناسبته بالدعوى لان حال المدعى عليه دائر بين الاقرار والانكار والى الاقرار اقرب لان الغالب فى حال المسلم الصدق (هو) لغة الاثبات من قر الشيء قرارا اذا اقام وثبت ومنه ثابت القدم لمن قر ويقال اقره اقرارا اذا اقامه هذا فى الحسى واما فى القول يقال اقر به اذا اظهر بالقول وشرعا (اخبار) اى اعلام بالقول فلو كتب او اشار ولم يقل شيئا لم يكن اقرارا ويدخل فيه ما اذا كتب الى الغائب اما بعد فله على كذا فانه كالقول شرعا كما فى القهستانى (بحق) اى بما يثبت ويسقط من عين وغيره لكنه لا يستعمل الا فى حق المالية فيخرج عنه ما دخل من حق التعزير ونحوه (لآخر على نفسه) اى لغير المخبر على المخبر اما لنفسه على آخر فهو دعوى ولآخر على آخر فهو شهادة وفى ما قاله ابو المكارم من ان التعريف منقوض باقرار الوكيل فى حق الموكل كلام لنيابته منابه شرعا والدليل على حجيته الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول وشرطه الحرية والعقل والبلوغ وركنه ان يقول المقر لفلان على كذا (ولا يصح) الاقرار (الا لمعلوم) اى لشخص معلوم لان المجهول لا يصلح مستحقا وفى المنح واما جهالة المقر له فانعة من صحته ان تفاحشت كواحد من الناس على كذا والا كلاحد هذين على كذا لا ولا يجبر على البيان ولكل منهما ان يحلفه وفى الدرر وان لم تتفاحش بان اقر بانه غصب هذا العبد من هذا او من هذا فانه لا يصح عند شمس الائمة السرخسى لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد وقيل يصح وهو الاصح وتمامه فيه فليطالع (وحكمه) اى الاقرار (ظهور المقر به) اى المخبر به للمقر له عليه (لا انشاؤه) اى لا اثبات المقر به له بهذا اللفظ ولذا قالوا ان المقر له اذا علم ان المقر كاذب فى اقراره ثم اخذه منه لم يحل له ديانة الا انه اخذه عن طيب نفسه فانه تمليك مبتدأ وانما لم يكتف بالاثبات عن النفى وجمعهما مبالغة فى رد ما قال بعض المشايخ ان الاقرار انشاء وانما اطلق اشارة الى ان تصديق المقر له لم يشترط وان ارتد برده ولو صدقه ثم رده لم يصح الرد ولو رده ثم اعاد اقراره صح الاقرار كما فى القهستانى وقد فرع على كون حكم الاقرار ظهور المقر به لا انشاؤه بقوله (فيصح الاقرار بالخمر للمسلم) ولو كان الاقرار انشاء لما صح لان المسلم لا يصلح له تمليك الخمر وفى المحيط لو اقر بخمر لمسلم يصح ويؤمر بتسليمها اذا طلب استردادها ولو اقر بخمر مستهلك لمسلم لا يصح لانه

لا يجب للمستبدل الحمر (لا) يصح الاقرار (بطلاق و عتاق مكرها) لقيام دليل الكذب وهو الاكراه ولو كان انشاء اصح لان طلاق المكره واعتاقه واقعان عندنا (واذا اقر حر) وانما شرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا المأذون فيما ليس من باب التجارة كالمهر لوطئ امرأة تزوجها بغير اذن مولاه والجناية الموجبة للمال لان الاذن لا يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا اقر بالحدود والقصاص (مكلف) لان اقرار المجنون والمعتوه والصبي العاقل لا يصح لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي والمعتوه مأذونا له في التجارة فيصح اقراره كما هو من ضرورات التجارة كالدين والوديعة والعارية والمضاربة والغصب دون ما ليس منها كالمهر والجناية و الكفالة لدخول ما كان من باب التجارة تحت الاذن دون غيره والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور الا اذا اقر فيما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة لله تعالى وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها وكذا شرب المتخذ من الحبوب والعسل عندهما خلافا لمحمد (بحق معلوم او مجهول كشئ وحق) اي قال لفلان علي شئ او حق (صح) اقراره لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري او جرح جراحة لا يدري ارشها (ولزمه) فيما اقر بمجهول (بيان المجهول) حتى لو امتنع اجبره القاضي على بيانه (بما له قيمة) لانه اخبر عن الواجب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب كحبة من الحنطة فلا يقبل قوله بل يحمل على الرجوع فيجبر على البيان وفي المحيط ولو قال لفلان علي حق ثم قال عنيت به حق الاسلام والجار لا يصدق الا اذا قال ذلك موصولا لانه بيان باعتبار العرف خلافا للائمة الثلاثة (والقول قوله) اي قول المقر (مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر) مما بينه المقر بلا برهان لانكاره الزيادة والقول للمنكر وفي المنح تفصيل فليراجع وفي القهستاني لو انكر الاقرار بمجهول واريد اقامة البينة عليه لم يقبل لان جهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة وتمامه في الجواهر والتحفة (وفي) قوله له علي (مال لا يصدق في اقل من درهم) لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر خلافا للائمة الثلاثة (و) لزم في علي (مال عظيم نصاب مما بين به فضة او غيرها) لان النصاب عظيم يجعل صاحبه غنيا هذا قولهما ورواية عن الامام وعنه انه يصدق في عشرة دراهم لانها مال عظيم حتى تقطع بها اليد و يستباح البضع قيل الاصح على قول الامام ان ينظر الى حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم والكثير عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض فان المأتين في الزكوة عظيم وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حال المقر (ومن الابل خمس وعشرون) اي لزم في قوله علي مال عظيم من الابل خمس وعشرون ابلا لانه اول نصاب تجب فيه الزكوة من جنسه فهو عظيم من وجه دون وجه والمطلق ينصرف الى الكامل وفي المنح وان قال غصبت ابلا كثيرة او بقرا كثيرة او غنما كثيرة ينصرف الى اقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما وهو خمسة و عشرون من الابل وثلثون من البقر واربعون من الغنم وعنده يرجع الى بيان المقر (ومن البر خمسة اوسق) لانه المقدر بالنصاب عندهما وعند الامام يرجع الى بيان المقر وقول المصنف مما بين الى هنا لا يخلو عن التشوش يظهر لك عند التأمل (ومن غير مال الزكوة لزمه قيمة النصاب) فلا يصدق في اقل من مقدار النصاب قيمة في غير مال الزكوة كالحمار والبغل لان قدر قيمته عظيم ايضا وعن الامام انه مقدر بعشرة دراهم كما في الاختيار (و) لزم في له علي (اموال عظام ثلثة نصب) من اي مال فسره به لان اقل الجمع ثلثة فلا يصدق في اقل منه للتيقن به (و) في (دراهم ثلثة) بالاجماع اعتبارا لادنى الجمع (و) في (دراهم كثيرة عشرة) عند الامام لانها اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع (وعندهما نصاب) وهو

مائتا درهم لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف مادونه وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيرة عندهما ينصرف الى النصاب وعنده الى العشرة وكذا اذا قال على ثياب كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه مايساوى مائتي درهم ولو قال على مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصا عليه وكان الجرجاني يقول يلزمه مائتان (و) لو قال له على (كذا درهما) لزم (درهم) لان كذا مبهم ودرهما تفسير له وفي التتمة والذخيرة يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان لان الواحد ليس بعدد وفي شرح المختار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روى عن محمد يلزمه مائة ولو قال له على درهم عظيم يلزمه درهم واحد ولو قال على دريهم يلزمه درهم تام لان التصغير قد يذكر على سبيل الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان (و) لو قال بلا واو له على (كذا كذا) درهما لزم (احد عشر) درهما لان كذا كناية عن العددين بالاضافة وهو من احد عشر الى تسعة عشر فيحمل على الاقل لتيقنه وعند الشافعي يلزمه درهم (وان ثلث) اى قال بلا واو له على كذا كذا كذا درهما (فكذلك) اى يلزمه احد عشر ايضا لانه لا نظير له في الفاظ العدد فحمل الاخير على التكرار او التأكيد (و) لو قال له على (كذا وكذا) بحرف العطف لزم (احد وعشرون) درهما لانه فصل بينهما بحرف العطف واقل ذلك من العدد المفسر احد وعشرون واكثره تسعة وتسعون فالاول يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه وعند الشافعي يلزمه درهمان (وان ثلث) لفظ كذا بالواو (زيد مائة) اى يلزمه مائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر عنه بثلثة اعداد مع الواو (وان ربع) لفظ كذا مع تثليث الواو (زيد الف) على مائة واحد وعشرين لانه اقل ما يعبر عنه باربع اعداد مع الواو فيحمل على الاقل المتيقن دون الاكثر اذ الاصل في الذمم البرأة ولو خمس يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة الف ولو سبع يزاد الف الف وكلما زاد عدد معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى كما في البحر (وكذا كل مكيل وموزون) في جميع ماذكر من الصور (و) لو قال (بشرك في عبد) يعني اذا قال له شرك في هذا العبد (فهو نصف عند ابي يوسف) لان الشرك بمعنى الشركة وهي تنبئ عن التسوية (وعند محمد يؤمر بالبيان) لان الشرك يجي بمعنى النصيب وهو مجمل فعليه بيانه بما شاء وفي التسهيل والفتوى على قول ابي يوسف (وقوله على او قبلي اقرار بدين) اى لو قال له على او قال له قبلي فهو اقرار بدين لان على للوجوب ولفظ قبلي يستعمل في الضمان كما مر في الكفالة وفي القدوري انه امانة والاول اصح كما في الهداية وغيرها (فان وصل به) اى قال المقر بلا تراخ (هو وديعة صدق) لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيكون من قبيل ذكر المحل وارادة الحال مجازا فيصدق موصولا كما في الهداية وغيرها وفي المنح ولكنه خلاف الظاهر فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره به متصلا لانه يحتمله مجازا (وان فصل لا) يصدق كالاستثناء والتخصيص (و) لو قال (عندي او) قال (معي او) قال (في بيتي او صندوقي او كيسي) فهو (اقرار بامانة) لان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان يكون مضمونة والامانة ادناهما فيحمل عليها وهذا لان كلمة عند للظرف ومع للقران وما عداهما المكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن كما في المنح (ولو قال لمن ادعى الفا اتزنها) امر معناه خذ بالوزن الواجب لك على وانما انث الضمير مع ان الالف من العدد اعتبارا للدراهم (او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها او ابرأتني منها او وهبتها لي او تصدقت بها على او احلتك بها فقد اقر) بالالف لان الهاء كناية عن المذكور في الدعوى

في جميع ذلك فصاركانه اعاد المدعى فيكون اقرارا بها الااذا تصادقا انه على سبيل الاستهزاء اوشهد
الشهود بذلك اما اذا ادعى انه قال مستهزيا لم تقبل منه (و بلا ضمير لا) اى لا يكون اقرارا بها
كما اذا قال اتزن اوانتقد لانه لادليل حينئذ على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه
شئ والاصل فيه ان الجواب ينتظم اعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل مايصلح جوابا ولا يصلح
ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء او يصلح لهما فانه يجعل ابتداء فان ذكر هاء
الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واما اذا لم يذكر الها لا يصلح جوابا او يصلح جوابا اوابتداء
فلا يكون اقرارا بالشك وفى المحيط ولو قال لى عليك الف فقال نعم يكون اقرارا ولو اومى
برأسه لا لان الاشارة لاتقوم مقام الكلام من غير الاخرس ولو قال رجل لاخر اعطنى ثوب
عبدى هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب له ولوقال اعطنى سرج دابتى هذه اولجامها
اوافتح باب دارى اوجصصها فقال نعم كان ذلك اقرارا لان كلمة نعم لاتستقل فلابد من
حملها على الجواب كيلا يصير لغوا وفى المنح رجل قال لغيره اقرضتك مائة درهم فقال لااعود بها
اوقال لااعود بعدذلك فهواقرار ولوقال مااستقرضت من احد سوالك اوقال من احد غيرك اوقال
مااستقرضت من احد قبلك اوقال مااستقرضت من احد بعدك لم يكن اقرارا قال اليس لى عليك
الف درهم فقال المخاطب فى جوابه بلى فهو اقرارله بالالف وانقال نعم لايكون اقرارا وتمامه فيه
فليراجع (ولو اقر بدين مؤجل وقال المقرله هوحال لزمه) اى المقر حال كون الدين (حالا) لانه
قر بحق على نفسه وادعى لنفسه حقا فيه فيصدق فى الاقرار بلاحجة دون الدعوى كما لواقر
بعبد فى يده انه لفلان استأجره منه فصدقه المقرله فى الملك لا الاجارة (وحلف المقرله على الاجل)
لكونه منكرا وعند الشافعى فى قول واحد لزمه مؤجلا مع يمينه وفى التنوير بخلاف مالواقر بالدراهم
السود فكذبه فى صفتها حيث يلزمه اى المقر ما اقربه فقط كاقرار الكفيل بدين مؤجل (ولو)
قال له (على مائة ودرهم فالكل دراهم) فيلزمه مائة درهم و درهم استحسانا عندنا لوقوع درهم
تفسيرا للمائة المبهمة والقياس ان يرجع فى تفسير المائة اليه وهوقول الشافعى (و كذا كل ما يكال
او يوزن) يعنى لوقال له على مائة وقفيز حنطة يلزمه مائة قفيز حنطة وقفيز حنطة (ولو)
قال له (على مائة وثوب او) قال له (على مائة و ثوبان لزمه تفسيرا المائة) فيلزمه ثوب واحد
فى الاولى وثوبان فى الثانية بالاتفاق لانها مبهمة والثوب عطف عليها لاتفسيرلها لان المعطوف
لم يوضع لتفسير المعطوف عليه ولم يكن من قبيل الاكتفاء كما فى مائة ودرهم (وانقال) له على
(مائة وثلثة اثواب فالكل ثياب) فيلزمه اثواب فى الكل لانه ذكر عددين مبهمين وذكر
تفسيرهما مميزا بلا واو فينصرف اليهما لاستوائهما فى الحاجة الى التفسير كعدد واحد بالاقتران
(ولواقر بتمر فى قوصرة) وهى وعاء من الخوص وغيره ويقال وعاء للتمر منسوج من قصب
وفى الجوهرة القوصرة بتشديد الراء وتخفيفها وعاء التمر يتخذ من قصب وانما تسمى قوصرة مادام
فيها التمر والافهى زنبيل (لزماه) اى التمر والقوصرة معا لان غصب الشئ لا يتحقق بدون
الظرف وكذا الطعام فى السفينة والجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة اومن سفينة
اومن جوالق لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع (او) اقر (بخاتم لزمه الحلقة
والفص) لاطلاق الاسم على جميع الاجزاء ولهذا يدخل الفص فى بيعه من غير تسمية (او) اقر
(بسيف فالنصل) اى لزمه حديده (والجفن) اى غلافه (والحمايل) وهى علاقة السيف
لان اسم السيف يطلق على الكل (او) اقر (بحجلة) بفتحتين (فالكسوة) اى لزمه الكسوة
(والعيدان) لاطلاق الاسم على الكل عرفا لانه بيت مزين بالاسرة والثياب والستور وقيل
بيت يتخذ من خشب وثياب اسمه خركاه واوتاق (وان) اقر (بدابة فى اصطبل لزمه الدابة فقط)

عند الشيخين لان غصب الاصطبل لايتحقق لعدم امكان النقل لكونه محلا للغير فلا يكون تابعا لها
وعلى قياس قول محمد يضمنها لان غصب غير المنقول يتحقق عنده وعلى هذا الطعام في البيت
(وان) اقر (بثوب في منديل لزماه) لان المنديل ظرف للثوب (وكذا) ان اقر (بثوب في ثوب)
لزم الظرف كالمظروف لان الاقرار بالمظروف لايتحقق بدون ظرفه (وان) اقر (بثوب في عشرة
اثواب لزمه ثوب واحد عند ابي يوسف) وهو قول الامام اولا لان كلمة في تستعمل في البين والوسط
قال الله تعالى فادخلي في عبادي بمعنى بين عبادي فوقع الشك فلم تثبت الظرفية ولان العشرة لاتكون
ظرفا لواحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة فحمل على بيان محله كما لو قال غصبت سرجا على
فرس فانه اقرار بغصب سرج فيكون ذكر الفرس بيانا للمحل (و) لزمه (احد عشر عند محمد)
لانه قد يجوز ان يلف الثوب النفيس في عشرة اثواب فصار كقوله حنطة في جوالق وفي التبيين
ما قاله محمد منقوض بما اذا قال غصبت كرباسا في عشرة اثواب حرير يلزمه الكل عنده مع انه
ممتنع عرفا (ولو قال) له علي (خمسة في خمسة لزمه خمسة وان) وصلية (نوى الضرب) المصطلح
عليه عند الحساب لان المقر به خمسة مضروبة والخمسة اذا ضربت بخمسة تكثر اجزاؤها
لا ان عينها يكثر ويبلغ خمسة وعشرين وقال زفر عشرة وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون
كما في الاصلاح (وبنية مع لزم عشرة) اي لو قال له اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة بالاتفاق
اذ اللفظ يحتمله (وفي قوله علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة يلزمه تسعة) فيهما
عند الامام لان الغاية لاتدخل تحت المغيا لكن الاولى تدخل هنا بالضرورة لان الدرهم الثاني
والثالث لايتحقق بدون الاول (وعندهما) والائمة الثلاثة يلزمه (عشرة) لان الغاية لابد ان تكون
موجودة اذ المعدوم لايصلح ان يكون حدا للموجود فوجوده بوجوبه فتدخل الغايتان وعند زفر
يلزمه ثمانية وهو اعتبر الحدين خارجين وهو القياس لان بعض الغايات يدخل وبعضها الا فلا يدخل
بالشك (وان قال له من داري ما بين هذا الجدار الى هذا الجدار فله ما بينهما فقط) بالاجماع او وجوده
بلا انضمام شئ بخلاف قوله علي ما بين الواحد الى العشرة اذ ليس للبين وجود مستقل لتوقفه
على الواحد فظهر الفرق بينهما (وصح الاقرار بالحمل) المحتمل وجوده وقت الاقرار بان اقر
بحمل جارية او شاة لرجل يصح اقراره بلا بيان سببه بالاتفاق (وحمل على الوصية من غيره)
بيانه ان يوصي زيد حمل جاريته او شاته لبكر ومات واقر وارثه بان هذا الحمل لبكر (و) صح
الاقرار (للحمل ان بين) المقر (سببا صالحا) يتصور للحمل (كارث) بان قال ان مورث الحمل مات
فورثه الحمل واستهلكت من ماله الموروث الفا مثلا (او وصية) بان قال ان مورثي اوصى في حيوته
بحمل فلانة الفا مثلا لانه بين سببا صالحا في الصورتين وهو الارث والوصية (فان ولدت) الحامل
ولدا (حيا لاقل من نصف حول منذ اقر فله) اي للحمل (ما اقر به) المقر لانه كان موجودا
وقت الاقرار بيقين (وان ولدت) ولدين (حيين فلهما) اي فالمال بينهما على السوية ان كانا
ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والاخرى انثى فكذلك في الوصية وفي الارث للذكر مثل
حظ الانثيين وفي القهستاني وفيه اشارة الى ان الام لو كانت معتدة فولدت لاقل من سنتين من موت
احدهما استحق الولد ما اقر لانه كان في البطن والى انه لو لم تكن معتدة بل ذات زوج فولدت لاكثر
من ستة اشهر لم يستحق (وان) ولدت ولدا (ميتا فللموصي والمورث) اي يرد المال الى ورثة الموصي
والمورث لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد ولادته ولم ينتقل فيكون لورثتهما
(وان فسر ببيع او اقراض) اي ان فسر المقر الاقرار بسبب غير صالح بان قال انه باع مني هذه
الدار بكذا او اقرضني او وهب مني كذا لايلزمه شئ اذ لايتصور شئ منه من الجنين (او ابهم)
المقر (الاقرار) بلا بيان سبب اصلا بان قال علي لحمل فلانة كذا (لغا) ان يكون اقراره لغوا

فلا يلزمه شئ ايضا عند ابي يوسف لان وجوه فساد اكثر كالبيع والشراء والاقراض والهبة
من وجوه جوازه كالارث والوصية مع ان الحمل على الجواز متعذر اذ الجمع بينهما غير متصور وليس
احدهما بان يعتبر سببا اولى من الآخر فتعين الفساد خلافا لمحمد لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله
وقد امكن بالحمل على السبب الصالح وفي التنوير والاقرار للرضيع صحيح وان بين سببا غير صالح
منه حقيقة كالاقراض (وان اقر بشرط الخيار) بان قال له علي الف درهم قرض او غصب
او عارية قائمة او مستهلكة على اني بالخيار ثلاثة ايام (لزمه المال وبطل الشرط) لان الاقرار
اخبار والاخبار لا يقبل الخيار وزاد صاحب المنح قوله وان صدق مقرله لاعبرة بتصديقه الا ان اقر
بعقد بيع وقع بالخيار له فانه يصح الاقرار ويثبت الخيار اذا صدقه المقرله او اقام عليه بينة الا ان يكذبه
المقرله فلا يثبت الخيار وكان القول قول المقرله كاقراره بدين بسبب كفالة على انه بالخيار في مدة ولو كانت
طويلة فانه يجوز ان صدقه المقرله وفي الغرر اشهدا على الف في مجلس واخران في آخر لزم الفان
الامر بكتابة الاقرار اقرار احد الورثة اقر بالدين قيل يلزمه كله وقيل حصته لكن الفتوى في زماننا
بالاول وفي التنوير اقر ثم ادعى المقرانه كاذب في الاقرار يحلف المقرله انه لم يكن كاذبا عند ابي يوسف
وبه يفتى وسيأتي ان شاء الله تعالى في مسائل شتى وكذا لو ادعى وارث المقر وان كانت الدعوى
على ورثة المقرله فاليمين عليهم بالعلم انا لا نعلم انه كان كاذبا وفي المنح اذا قال ذو اليد ليس هذا لي
او ليس ملكي او لا حق لي فيه او ليس لي فيه حق او ما كان لي او نحو ذلك ولا منازع له حين ما قال
ثم ادعى ذلك احد فقال ذو اليد هو لي صح ذلك منه والقول قوله وهذا التناقض لا يمنع اقر رجل
بعين لا يملكه صح اقراره حتى لو ملكه يوما من الدهر يؤمر بالتسليم الى المقرله طلب الصلح عن الدعوى
لا يكون اقرارا وطلب الصلح عن المدعى يكون اقرارا ابرأني عن الدعوى ليس باقرار ابرأني عن هذا المال
اقرار والاقرار بشئ محال باطل وتمامه فيه فليطالع

﴿باب الاستثناء وما في معناه﴾

لما ذكر
موجب الاقرار بلا تغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيرا
للسابق كالشرط ونحوه والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب
ونفي باعتبار الاجزاء هذا عندنا وعند الشافعي اخراج بعد الدخول بطريق المعارضة وهذا
مشكل فان الاستثناء جائز في الطلاق والعتاق ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع
والرفع بعد الوقوع كما في التبيين وشرط في الاستثناء الاتصال بالمستثنى منه الا اذا انفصل عنه
لضرورة نفس او سعال او اخذ فم فانه لا يقطع الاتصال كما في الطلاق والنداء بينهما لا يضر
كقوله لك علي الف درهم يا فلان الا عشرة بخلاف لك الف فاشهدوا الا كذا ونحوه مما يعد فاصلا
فان الاستثناء لا يصح معه كما في المنح وفيه اشارة الى انه لو استثنى منفصلا عن اقراره لا يصح لانه يؤدي
الى الرجوع عن الاقرار والرجوع عنه غير جائز مطلقا فيلزمه ما اقر (صح استثناء بعض ما اقر به لو
كان الاستثناء (متصلا) باقراره (ولزمه باقيه) لان الاستثناء مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى
قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله علي تسعة سواء استثنى الاقل او الاكثر وهو قول الاكثر لوروده ما
في كلام الله تعالى وهو المذهب كما في التبيين وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم يتكلم بذلك وهو
مذهب زفر وفي النهاية ولا فرق بين استثناء الاقل او الاكثر وان لم يتكلم به العرب ولا يمنع صحته اذا كان
موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور ولم يتكلم به العرب وهو الصحيح ولا فرق بين ان يكون
الاستثناء مما لا يقسم او مما يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه او قال الا ثلثيه صح (وبطل
استثناء الكل) وان ذكره موصولا فيلزمه كله لانه لا يكون بيانا لكلامه بل يكون رجوعا عن اقراره
وذا غير جائز كما في اكثر المعتبرات وقال صاحب المنح مقتضى هذا الكلام صحة استثناء الكل من الكل
فيما يقبل الرجوع وليس كذلك وعن هذا قال في تنويره والاستثناء المستغرق باطل ولو فيما يقبل

الرجوع كوصية ان كان بلفظ الصدر اومساويه وان بغيرهما كعبيدى احرار الا هؤلاء اوالاسالما وغانما وراشدا وهم الكل صح الاستثناء وتفصيله مامر فى الطلاق وفى شرح المجمع ان استثناء الكل من الكل انما يبطل اذا كان بعين لفظ المستثنى منه واما اذا كان بغيره فصحيح كما لوقال ثلث مالى لزيد الاالفا وثلث ماله الف فيصح الاستثناء ولايكون لزيد شئ كما مر فى الطلاق وفى الجوهرة واختلفوا فى استثناء الكل فقال بعضهم هو رجوع لانه يبطل كل الكلام و قال بعضهم هو استثناء فاسد وليس برجوع وهو الصحيح انتهى (وان اقر بشيئين واستثنى احدهما اواحدهما و بعض الآخر بطل استثناؤه) يعنى لوقال له على كر حنطة وكر شعير الاكر حنطة وقفيز شعير فاستثناء كر وقفيز باطل عند الامام (خلافالهما) اى قالا يصح استثناء القفيز لانه كلام متصل لان قوله الاكر حنطة استثناء صحيح لفظا الا انه غير مفيد واذا كان كلاما متصلا كان استثناء القفيز متصلا فيصح وله ان استثناء الكر باطل اجماعا فكان لغوا فكان قاطعا للكلام الاول فيكون الاستثناء منقطعا وانما صورناها بتقديم الكر لانه لوقدم القفيز بان قال الاقفيز شعير وكر حنطة يصح استثناء القفيز اتفاقا لعدم الفاصل كما فى شرح المجمع وغيره فعلى هذا اطلاق المصنف ليس بعدله بل يلزم التفصيل تأمل (وان استثنى بعض احدهما او بعض كل منهما) بان قال له على كر حنطة اوكر شعير الاقفيز حنطة والاقفيز شعير (صح اتفاقا) فى الصورتين لعدم تخلل القاطع فى الاول وفى الثانية ان قوله الاقفيز حنطة استثناء صحيح مفيد ولايكون قاطعا فصح العطف عليه فيلزم كر حنطة وكر شعير الاقفيز حنطة وقفيز شعير كما فى الاختيار (واواستثنى كيليا اووزنيا اوعدديا متقاربا من دراهم) بان قال له على مائة درهم الا قفيز برا والادينارا اوالا مائة جوز (صح بالقيمة) استحسانا عند الشيخين ولزمه مائة درهم الاقيمة القفيز اوالدينار اوالجوز لان الاستثناء اخراج البعض من المستثنى منه من حيث المعنى اذ المقدارات جنس واحد معنى واواجناسا صورة لانها تثبت فى الذمة ثمنا فكانت جنسا واحدا فى حكم الثبوت فى الذمة والقياس ان لايصح هذا الاستثناء وهو قول محمد و زفر وعن هذا قال (خلافا لمحمد) لان الاستثناء اخراج بعض ماتناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر و هذا لايتصور فى خلاف الجنس (واواستثنى منها) اى من الدراهم (شاتا اوثوبا اودارا بطل اتفاقا) لان ذلك القدر لايفيد الاتحاد الجنسى بل لابد من وصف الثمنية ولو معنى وقال مالك والشافعى يجوز فى كل واحد من الكيلى والوزنى والعددى لتحقق المجانسة من حيث المالية فيطرح قدر قيمة المستثنى ولزمه الباقى وفى التنوير واذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الاقل مخرجا نحوله على الف درهم الامائة اوخمسين فيلزمه تسعمائة وخمسون على الاصح واذا كان المستثنى مجهولا يثبت على الاكثر نحوله على مائة درهم الاشيئا او قليلا او بعضا لزمه احد وخمسون وتمام المسئلتين فى شرحه فليطالع (ومن وصل باقراره ان شاء الله بطل اقراره) لان التعليق بمشية الله تعالى ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لايتوقف عليه عند ابى يوسف فكان اعداما من الاصل كما فى الدرر وغيره لكن فى العناية خلافه لانه قال ومن قال لفلان على مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشية الله تعالى اما ابطال كما هو مذهب ابى يوسف اوتعليق كما هو مذهب محمد كما قررناه فى الطلاق فلزم المنافاة الا ان يحمل على اختلاف الروايتين (وكذا ان علقه بمشية من لاتعرف مشيته كالملائكة والجن) بان يقول ان شاء الجن او الملائكة لانه لاتعرف مشيتهم فلايقع عليه شئ لان الاصل براءة الذمم فلا يثبت بالشك وفى البحر وكذا بمشية فلان وان شاء وكذا كل اقرار علق بشرط على خطر ولم يتضمن دعوى اجل كان حلفت فلان ما ادعيت به وان بشرط كائن فتنجيز كعلى

الف درهم ان مت لزمه قبل الموت وان تضمن دعوى الاجل كاذا جاء رأس الشهر فلك على كذا لزمه الحال ويستحلف المقر له فى الاجل (ولو اقر بدار واستثنى بناءها) بان قال هذه الدار لزيد والبناء لنفسى (كانا) اى الدار والبناء جميعا (للمقر له) لان البناء داخل فى الاقرار معنى لالفظا والاستثناء تصرف فى اللفظ فلم يصلح بخلاف استثناء البيت من الدار كاستثناء ثلثها لان اجزاء الدار داخلة تحت الدار فصح استثناؤه وعند الائمة الثلاثة يصح استثناء البناء منها (ولو قال) المقر (بناؤها لى والعرصة) اى البقعة (له كان) الحكم والاقرار (كما قال) بان يكون البناء له والعرصة للمقر له لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فصار كانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لى وارضها لفلان حيث يكون له البناء ايضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل منهما ما اقر له به (وفص الخاتم ونخل البستان كبنائها) وكذا طوق الجارية لان دخول الفص فى الخاتم بالتبعية وكذا دخول النخل فى البستان فلا يصح الاستثناء بخلاف ما لو قال الحلقة لفلان والفص لى او الارض له والنخل لى يصح (وان قال له على الف) درهم (من ثمن عبد) اشتريته منه (لم اقبضه) اى العبد الجملة صفة عبد (فان عينه) اى المقر العبد بان ذكر عبدا بعينه وصدقه المقر له فى شرائه وعدم قبضه (قيل للمقر له سلم) العبد الى المقر (وتسلم) امر من التفعل اى خذ ثمنه منه (ان شئت) فان سلم المقر له العبد المعين بان يحضره بين يديه يلزم على المقر الف بهذا القيد لانه اقر له بالف على صفة فيلزمه على الصفة التى اقر بها وان لم يسلم العبد الى المقر لا يلزمه الف اجماعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكر هنا والثانى ان يقول المقر له القن قنك ما بعته وانما بعتك قنا غيره والحكم فيه كالاول والثالث ان يقول القن قنى ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم على المقر شئ والرابع ان يقول القن قنى ما بعتكه وانما بعتك غيره وحكمه ان يتحالفا لانهما اختلفا فى المبيع وهو يوجب التحالف وتمامه فى الدرر فليراجع (وان لم يعينه) اى المقر العبد ولم يصدقه المقر له فى عدم قبضه (لزمه) اى المقر (الالف ولغا قوله لم اقبضه) عند الامام لانه رجوع بعد الاقرار فلا يصح لا موصولا ولا مفصولا وبه قال زفر والحسن وعندهما ان وصل صدق ولا يلزمه شئ وان فصل فان انكر المقر له سبب الوجوب لم يصدق وان صدقه المقر له لانه بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا وبه قالت الائمة الثلاثة (ولو قال له على الف (من ثمن خمر او خنزير لا يصدق) عند الامام وصل او فصل ولزمه الالف (وعندهما) والائمة الثلاثة (ان وصل صدق) فى المسئلتين ولا يلزمه الالف على ما مر آنفا ولو قال له على الف وهو حرام او ربوا فهى لازمة له لاحتمال ان يكون هذا حلالا عند غيره ولو قال زورا او باطلا ان صدقه المقر له فلا شئ عليه وان كذبه لزمه كما فى التبيين (ولو قال له) على الف (من ثمن متاع او اقرضنى وهى) اى الالف (زيوف او نبهرجة) او ستوقة او رصاص (لزمه الجياد) لان البيع او القرض يقع على الجياد فلا يجوز التفسير بضدها هذا عند الامام لانه رجوع عن اقراره وصل او فصل (وقالا يلزمه ما قال ان وصل) لما مر من انه بيان تغيير فيصدق موصولا لا مفصولا وبه قالت الائمة الثلاثة (وان قال له) على الف (من غصب او وديعة وهى زيوف او نبهرجة صدق) اتفاقا وصل او فصل فيلزمه ما اقر به لان الغصب لا يقتضى السلامة وكذا الوديعة لان الشخص يغصب بما يجده ويودع بما يملكه فلا يكون رجوعا بل بيانا للنوع فصدق مطلقا (ولو قال له على الف من غصب او وديعة (وهى ستوقة او رصاص فان وصل صدق) لانه بيان تغيير (والا فلا) اى وان وصل لا يصدق لانهما ليسا من جنس الدراهم الا ان اسم الدراهم يتناولهما بطريق المجاز فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل (ولو قال غصبت ثوبا وجاء بمعيب) اى بثوب

معيب (صدق) المقر مع الحلف ان لم يثبت الخصم سلامته لما مر ان الغصب غير مختص بالتسليم كالوديعة (ولو قال) له (على الف الا انه ينقص مائة صدق ان وصل والالزم الالف) لما مر ان الاستثناء يجوز متصلا لامنفصلا (ولو قال) المقر (اخذت منك الفا وديعة فهلكت) فى يدى من غير تعد (وقال المقرله) بل (اخذتها) منى حال كونها (غصبا ضمن) المقر ما اقر باخذه له لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم انه ادعى مايوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والاخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما اذا قال له المقرله بل اخذتهما قرضا حيث يكون القول للمقر لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذنه وهذا لايوجب الضمان على الاخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعي عليه العقد وذلك ينكر فالقول قول المنكر (ولو قال) المقر (بدل اخذت اعطيتنى لايضمن) المقر لانه لم يقر بما يوجب الضمان بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقرله فلايكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعى عليه سبب الضمان وهو ينكر فالقول قوله (ولو قال غصبت هذا الشئ من زيد لابل من عمرو فهو) اى الشئ (لزيد وعليه) اى المقر (قيمته لعمرو) لان قوله من زيد اقرار له ثم قوله لارجوع عنه فلايقبل وقوله بل لعمرو اقرار منه لعمرو وقد استهلكه بالاقرار لزيد فيجب عليه قيمته لعمرو ولو قال له على الف لابل الفان يلزمه الفان استحسانا وفى القياس يلزمه ثلثة الاف وهو قول زفر ولو قال غصبته عبدا اسود لابل ابيض لزمه عبد ابيض ولو قال غصبته ثوبا هرويا لابل مرويا لزماه وكذا له على كر حنطة لابل كر شعير لزماه ولو قال لفلان على الف درهم لابل لفلان لزمه الالفان ولو قال له على الف لابل خمسمائة لزمه الالف والاصل فى ذلك ان لابل متى تخللت بين المالين من جنسين لزماه وكذلك من جنس واحد اذا كان المقرله اثنين فاذا كان واحدا والجنس واحد لزم اكثر المالين وتمامه فى الاختيار فليراجع وفى التنوير ولو قال الدين الذى لى على فلان لفلان او الوديعة التى عند فلان هى لفلان فهو اقرار له وحق القبض للمقر ولكن لو سلم الى المقرله برئ (ولو قال) لاخر (هذا) الشئ (كان لى وديعة عندك فاخذته وقال الاخر هو لى دفع اليه) اى الى الاخر لان المقر اقر باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان ثم ادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد عينه قائما وقيمته هالكا ثم يقيم البينة على صدق دعواه ان قدر (وان قال آجرت فرسى او ثوبى هذا فلانا فركبه) اى الفرس (اولبسه) اى الثوب (ورده) اى رد الفرس او الثوب (على وقال) فلان بل (هما لى او اعرته او اسكنته دارى ثم ردها) اى الدار (على صدق) يعنى القول قول المقر فى ذلك عند الامام استحسانا لان اليد فى الاجارة والاعارة تثبت ضرورة استيفاء المنافع فيكون اليد عدما فيما عدا الضرورة فالاقرار له باليد لايكون مطلقا بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرار الهما باليد (وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (القول) مع يمينه (للمأخوذ منه) وهو القياس لان المقر اعترف بيد المقرله ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه عليه فيجب عليه الرد ثم يقيم على صدق دعواه بينة ان قدر (ولو قال) لاخر (خاط ثوبى هذا بكذا ثم قبضته منه وادعاه الاخر) اى قال الثوب ثوبى (فعلى هذا الخلاف) اى يصدق القابض عند الامام لاعندهما (فى الصحيح) احتراز عن قول بعضهم ان القول قول المقر بالاجماع وفى الاسرار الاختلاف اذا لم يكن الدابة او الثياب معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله وفاقا (ولو قال له اقتضيت) اى قبضت (من فلان الفا كانت لى عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر فلان فالقول قوله) فله ان يأخذها منه وهذا اظهر لان القابض قد اقر بانه ملكه وانه اخذه منه اقتضاء بحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى عليه مايبرؤه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكره

فالقول للمنكر (ولوقال زرع فلان هذا الزرع او بنى هذه الدار اوغرس هذا الكرم لى استعنت به)
اى بفلان (فيه) اى فى الزرع اوالبناء اوالغرس وذلك كله فى يد المقر (وادعى فلان ذلك) اى قال
الملك ملكى وفعلت ذلك لنفسى لابالاعانة لك ولاباجر منك كما زعمت (فالقول للمقر) لانه مااقر له
باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك فى ملك فى يد المقر وصار كما قال خاط لى الخياط
قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر
بفعل منه وقد يخيط ثوبا فى يد المقر كذا هذا ولوقال ان هذا اللبن اوهذا السمن اوهذا الجبن من
بقرة فلان اوهذا الصوف من غنمه اوهذا التمر من نخلته وادعى فلان انه له امر بالدفع اليه لان الاقرار
بملك الشئ اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل كما فى التبيين

﴿باب اقرار المريض﴾

افرده فى باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة (دين
صحته) اى المريض (ومالزمه) اى المريض (فى مرضه) اى فى مرض الموت (بسبب معروف)
كبدل ماملكه بالاستقراض او بالشراء وعاينهما الشهود اواهلاك مالا او تزوج بمهر مثلها
وعاينهما الناس (سواء) لانه لما علم سببه انتفى التهمة فى الاقرار به فصار كالدين الثابت بالبينة
فى مرضه (ويقدمان) اى دين الصحة ومالزمه فى مرضه بسبب معروف (على مااقر به فى مرضه)
ولوكان المقر به وديعة كما فى البحر هذا عندنا وعند الائمة الثلاثة الدينان سواء لانه اقرار لاتهمة فيه
لانه صادر عن عقل والذمة قابلة الحقوق فى الحالين ولنا ان حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض
مرض الموت فى اول مرضه لانه عجز عن قضائه عن مال آخر فالاقرار فيه صادف حق غرماء
الصحة فكان محجورا عنه ومدفوعا به (والكل) اى كل واحد من دين الصحة ودين المرض بسبب
معلوم ودين المرض الثابت بمجرد الاقرار فالكل افرادى فانه اكثر استعمالا كما فى القهستانى
(مقدم على الارث) وان احاط الديون المذكورة بجميع ماله والقياس ان لاينفذ الامن الثلث لكن
ترك بالاثر وهو قول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما اذا اقر المريض بدين جاز ذلك فى جميع تركته
والاثر فى مثله كالخبر لانه من المقدرات فلايترك بالقياس فصار المقر له اولى من الورثة ولان قضاء
دينه من حوائجه الاصلية كتكفينه (ولايصح تخصيصه) اى المريض (غريما) من الغرماء
(بقضاء دينه) اى ليس للمريض ان يقضى دين بعض الغرماء دون بعض ولو اعطاء مهر وايفاء
اجرة لان فيه ابطال حق الباقين الااذا قضى مااستقرض فى مرضه اونقد ثمن مااشترى فيه
وقد علم ذلك بالبينة بخلاف مااذا لم يؤد حتى مات فان البائع اسوة للغرماء اذا لم تكن العين فى يده
واذا اقر بدين ثم بدين تحاصا وصل اوفصل ولواقر بدين ثم بوديعة تحاصا وعلى القلب الوديعة
اولى واقراره ببيع عبده فى صحته وقبض الثمن مع دعوى المشترى ذلك صحيح فى البيع دون قبض
الثمن الابقدر الثلث بخلاف اقراره بان هذا العبد لفلان فانه كالدين ولو اقر بقبض دينه ان كان
دين الصحة يصح مطلقا سواء كان عليه دين الصحة اولا وان كان دين المرض ان كان عليه دين
الصحة لايصح والانفذ من الثلث الافى اقراره باستيفاء بدل الكتابة فنافذ كما فى البحر وابراؤه مديونه
وهو مديون غير جائز ان كان اجنبيا وان كان وارثا فلايجوز مطلقا وقوله لم يكن لى على هذا المطلوب
شئ صحيح قضاء لاديانة كما فى التنوير وفى المنح قالت فيه ليس لى على زوجى مهر اوقال فيه لم يكن
لى على فلان شئ ليس لورثته ان يدعوا عليه شيئا فى القضاء وفى الديانة لايجوز هذا الاقرار
واواقر الابن فيه انه ليس له على والده شئ من تركة امه صح بخلاف مالوابرأه اووهبه وكذا لواقرض
بقبض ماله منه وتمامه فيه فليطالع (ولا) يصح (اقراره) اى المريض بدين اوعين (لوارثه) عند
اقراره وعند الشافعى فى القول الاصح يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه
فصار كالاقرار لاجنبى او بوارث آخر و بوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه الصلاة والسلام

لا وصية للوارث ولا اقرار له بالدين لانه ضرر ابقية الورثة (الا ان يصدقه) اى المريض (بقية الورثة) لان عدم الصحة كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقروا بتقديمه عليهم فيلزمهم وكذا لوكان له دين على وارثه فاقر بقبضه لايصح الاان يصدقه البقية وكذا لورجع فيما وهبه منه في مرضه اوقبض ماغصبه منه اورهنه عنده اواسترد المبيع في البيع الفاسد وكذا لايجوز ذلك لعبد وارثه ولامكاتبه لانه يقع لمولاه ملكا اوحقا ولوصدرت هذه الاشياء منه للوارث وهو مريض ثم برئ ثم مات جاز ذلك كله لانه لم يكن مرض الموت فلم يتعلق به حق الورثة كما في الاختيار وفي التنوير اقرفيه لوارثه يؤمر في الحال بتسليمه الى الوارث فاذامات برده وفي القنية تصرفات المريض نافذة وانما تنقض بعد الموت (وان اقر) المريض (لاجنبي صح) لعدم التهمة (وان) وصلية (احاط اقراره) اى استغرق (بماله) لما بينا (وان اقر) المريض (لاجنبي ثم اقرانه ابنه ثبت نسبه) لان النسب من الحوايج الاصلية ولاتهمة فيه (وبطل اقراره) لان دعوة النسب تستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان الاقرار فبطل الاعند الشافعي في الاصح ومالك لايبطل اذالم يتهم (وان اقر) المريض (لاجنبية) اى لامرأة اجنبية (ثم تزوجها لايبطل اقراره) لها وقال زفر يبطل لانها وارثة عند الموت فتحصل التهمة ولنا انه اقر وليس بينهما سبب التهمة فلايبطل بسبب يحدث بعده ولهذا قال في البحر وغيره والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لاوقت الاقرار الا اذاصار وارثا بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة وفي التنوير بخلاف اقراره لاخيه المحجوب اذا زال حجبه وصار غير محجوب فانه يبطل اقرفيه انه كان له على ابنته الميتة عشرة قد استوفيتها والمقر ابن ينكر ذلك صح اقراره كما لواقر لامرأته في مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك وارثا وقيل لايصح (ولواوصى لها) اى لاجنبية (ثم تزوجها بطلت) الوصية لانها تمليك مضافا الى مابعد الموت وهي وارثة في هذا الوقت فتبطل (اووهبها) اى لاجنبية شيئا (ثم تزوجها فلارجوع) هذا مخالف لعامة المتون والشروح حيث قالوا في هذا المحل ان الهبة المذكورة باطلة كالوصية لان الهبة في المرض وصية فعلى هذا لوقال ولواوصى لها اووهبها ثم تزوجها بطلت لكان اخصر واولى والعجب من المصنف قد نطق بالحق في كتاب الوصايا حيث قال وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها وغفــل ههنا الاان يقال انه يمكن الجواب عن طرف المصنف بان المراد بقوله فلارجوع البطلان لانه اذا كانت الهبة باطلة لايجرى عليها الرجوع فذكر عدم الرجوع واراد البطلان وفي التنوير ولواقر لمن طلقها ثلثا فيه اى في المرض فلهــا الاقل من الارث والدين هذا اذاطلقها بسؤالها وان طلقها بلاسؤالها فلها الميراث بالغا مابلغ ولايصح الاقرار لها (وان اقر) رجل (بغلام) اى ولد فيشمل البنت (مجهول النسب) في بلد هو فيها وهو المراد من مجهول النسب في كل موضع على مافي القنية لكن في اكثر الكتب ان يجهل نسبه في مولده فان عرف نسبه فيه فهو معروف النسب (يولد) صفة بعد صفة لغلام اوحال منه (مثله) اى مثل هذا الغلام (مثله) اى لمثل هذا المريض بان يكون الرجل اكبر منه باثنى عشرة سنة ونصف والمرأة اكبر منه بتسع سنين ونصف كما في المضمرات (انه) اى ان هذا الغلام (ابنه وصدقه) اى المقر (الغلام) ان كان الغلام معبرا لانه في يد نفسه بخلاف الصغير لانه في يد غيره فينزل منزلة البهيمة فلم يعتبر هذا الشرط وعند الائمة الثلاثة بلاتصديقه ايضا يعتبر لوكان غير مكلف (ثبت نسبه) اى الغلام (منه) اى من المقر لان النسب من الحوايج الاصلية ولاتهمة فيه (ولو) كان المقر في حالة الاقرار (مريضا يشارك) الغلام (الورثة) المعروفة في الميراث لانه صار كالوارث المعروف بثبوت نسبه منه (وصح اقرار الرجل بالوالدين والولد) بالشروط المتقدمة في الابن لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير (والزوجة) اى صح اقراره بالزوجة

بشرط خلوها عن زوج وعدته و بشرط ان لايكون تحت المقر اختها ولاا ربع سواها (والمولى) اى صح اقراره بالمولى من جهة العتاقة ان لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غير المقر (وشرط تصديق هؤلاء) لان اقرار غيرهم لايلزمهم لان كلامنهم فى يد نفسه الا اذا كان المقرله صغيرا فى يد المقر وهو لايعبر عن نفسه اوعبدا له فثبت نسبه بمجرد الاقرار ولوكان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه لانه الحق له (وكذا) يصح (اقرار المرأة) بالوالدين والولد والزوج والمولى لماذكرنا (لكن شرط فى اقرارها) اى المرأة (بالولد تصديق الزوج ايضا) كما ان تصديق الولد شرط لان الولد للفراش والحق له فاذا صدقها فقد اقر به هذا اذا كان لها زوج اوكانت معتدة منه وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلايلزمه بقولها اما اذا لم يكن لها زوج ولاهى معتدة اوكان لها زوج وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (اوشهادة قابلة) بولادته منها لان قول القابلة حجة فى تعيين الولد (وصح تصديقهم بعد موت المقر) لبقاء النسب بعد الموت (الاتصديق الزوج بعد موتها) اى الزوجة لان تصديقه بعد موتها باطل عند الامام لانه لما مات زال النكاح بعلايقه فى جانبه اذ يجوز له ان يتزوج اختها اواربعا سواها ولايحل له ان يغسلها عندنا فالتصديق منه لايفيد شيئا ولو باعتبار ارث لانه معدوم وقت الاقرار لان التصديق اذا صح يستند الى وقت الاقرار فلايمكن اعتبار التصديق باعتبار ارث سيحدث بخلاف ما اذا اقر بنكاح امرأة ومات فصدقته بعد موته لان علايق النكاح باقية بعد موته فى جانبها ولذا يحل لها ان تغسله لكونه مالكالها حتى يبقى ملكه الى انقضاء العدة فلها المهر والارث منه وفاقا (وعندهما) والائمة الثلاثة (يصح ايضا) اى كما يصح تصديقهم بعد موت المقر لبقاء النكاح بعد موتها فى حق الارث والاقرار قائم والتكذيب منه لم يوجد فصح التصديق فى هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فيرث منها ولهذا لواقام البينة على النكاح بعد موتها تقبل (وان اقر) رجل (بنسب غير الولاد كاخ وعم لايثبت) النسب منه لان فيه حمل النسب على غيره فلايجوز الا باقامة البينة الا فى حق نفس المقر حتى يلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك الاقرار لان اقرارهما حجة عليهما (ويرثه) اى يرث هذا المقرله من ذلك المقر (ان لم يكن له) اى للمقر (وارث معروف ولو) كان (بعيدا) لانه مقر بشيئين بالنسب ففيه مقر على غيره فلايجوز وباستحقاق ماله ففيه مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم وان كان له وارث قريب او بعيد لايرث المقرله من المقر (ومن مات ابوه فاقر باخ) وهو يصدقه (شاركه فى الارث ولايثبت نسبه) لان الميراث حقه فيقبل فيه قوله واما النسب ففى ثبوته تحميله على الغير فلايقبل فيه (ولوكان لابيهما الميت دين على شخص فاقر احدهما بقبض ابيه نصفه فالنصف الباقى للاخر ولاشئ للمقر) يعنى ان من مات وترك ابنين وله على رجل مائة درهم مثلا فاقر احد الابنين ان اباه قبض منه نصفه وكذبه الاخر فلاشئ للمقر وللمكذب نصفه لانه اقر بالدين على الميت وكذبه اخوه فينفذ فى حقه خاصة فوجب على الميت خمسون على زعمه والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه وليس له ان يشارك اخاه فى الخمسين وان تصادقا على انه مشترك بينهما لانه لورجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم بمابقى من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بمازاد على خمسين ممااخذه من اخيه المكذب لان الوارث لايأخذ شيئا الابعد قضاء الدين فيؤدى الى الدور وقال صاحب الدرر فى غرره حرة اقرت بدين لاخر فكذبها زوجها صح فى حق زوجها عند الامام حتى تحبس وتلازم وعندهما لا مجهولة النسب اقرت بالرق لانسان ولها زوج واولاد منه وكذبها الزوج صح فى حق المرأة لافى حق الزوج وحق الاولاد حتى لايبطل النكاح واولاد حصلت قبل الاقرار وما فى بطنها وقت الاقرار مجهول النسب حرر عبده ثم اقر بالرق لانسان

وصدقه المقرله صح اقراره فى حقه حتى صار رقيقاله دون ابطال العتق حتى بقى معتقه فان مات العتيق يرثه وارثه ان كان له وارث والا فالمقر له فان مات المقر ثم العتيق فارثه لعصبة المقر

﴿ كتاب الصلح ﴾

وجه المناسبة فى ايراده بعد الاقرار ان انكار المقر سبب للخصومة وهى تستدعى الصلح هو لغة اسم بمعنى المصالحة وهى المسالمة خلافا لمخاصمة واصله من الاصلاح ضد الفساد وفى الشرع (هو) اى الصلح (عقد يرفع النزاع) من الطرفين وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وركنه الايجاب والقبول الموضوعان له كما فى الدرر وفى العناية الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وقال واما اذا وقع الدعوى فى الدراهم وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه وشرطه العقل لا البلوغ والحرية وصح من صبى مأذون ان عرى عن ضرر بين ومن عبد مأذون ومكاتب وشرط ايضا كون المصالح عليه معلوما ان كان يحتاج الى قبضه وكون المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو كان غير مال كالقصاص والتعزير معلوما كان المصالح عنه او مجهولا لا يصح الصلح لو كان المصالح عنه مما لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة وحد القذف والكفالة بالنفس وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى كما فى المنح والبحر (ويجوز) الصلح (مع اقرار) من المدعى عليه (وسكوت) منه بان لا يقر ولا ينكر (وانكار) وكل ذلك جائز عندنا لقوله تعالى والصلح خير عرفه باللام فالظاهر العموم ولقوله عليه الصلاة والسلام الصلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما وحرم حلالا وقال الشافعى لا يجوز مع الانكار والسكوت لانهما صلح احل حراما لانه اخذ المال بغير حق فى زعم المدعى فكان رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتأويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة وفى العناية تفصيل فليراجع (فالاول) اى الصلح بالاقرار (كالبيع) فى احكامه (ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى من غير جنسه ثم فرعه بقوله (فتثبت فيه الشفعة) اى تثبت الشفعة فى الصلح عن عقار او على عقار كما ثبت فى البيع فللشفيع حق المطالبة فى كل منهما (والرد بالعيب) بان كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعى فيه عيبا له ان يرده (وخيار الرؤية) بان لم ير المصالح ما وقع عليه الصلح وقت الصلح ثم رآه له الخيار فيه (والشرط) بان يصالح على شئ فشرط احدهما الخيار لنفسه لانه من احكام البيع (وتفسده) اى الصلح (جهالة البدل) اى الذى وقع عليه الصلح لانه بيع فصار كجهالة الثمن (لا) تفسد (جهالة المصالح عنه) لانه يسقط وجهالة الساقط لا تفضى الى المنازعة خلافا للشافعى وفى العناية تفصيل فليطالع (وتشترط القدرة على تسليم البدل) لان القدرة عليه شرط فى صحة الصلح ككون معلومية البدل شرطا فى الصحة (وان استحق) فى صلح مع اقرار (بعض المصالح عنه او) استحق (كله رجع) المدعى عليه على المدعى (بكل البدل او بعضه) صورته ادعى زيد دارا مثلا فى يد عمرو فاقر عمرو وصالح زيدا على مائة درهم فصارت المائة فى يد زيد والدار فى يد عمرو ثم استحق نصف الدار مثلا او كلها يرجع عمرو على زيد بخمسين درهما فى الاولى وبمائة درهم فى الثانية وفى تحرير المصنف من اللف والنشر الغير المرتب واما تصوير صاحب الدرر فى هذا المحل لا يوافق متنه بل الصواب ما صورناه تدبر (وان استحق بعض البدل او كله رجع) المدعى وهو زيد على المدعى عليه وهو عمرو (بكل المصالح عنه او بعضه) لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فايهما اخذ منه بالاستحقاق رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض (وان وقع) الصلح عن اقرار (عن مال بمنفعة اعتبر) هذا الصلح (اجارة) صورته ادعى على رجل شيئا فاعترف به ثم صالحه على سكنى داره سنة او على ركوب دابته معلومة او على لبس ثوبه او خدمة عبده او زراعة ارضه مدة معلومة فيكون معنى الاجارة لان العبرة للمعانى والاجارة تمليك

المنفعة وهذا الصلح كذلك ثم فرعه بقوله (فيشترط فيه التوقيت) لكن هذا في الاجير الخاص بان ادعى شيئا فوقع الصلح على خدمة العبد اوسكنى سنة وفيما عدا ذلك لايشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب اوركوب الدابة اوحمل الطعام الى موضع كما في التبيين (ويبطل) الصلح (بموت احدهما) اي احد المتصالحين لانهما كالموجر والمستأجر وكذا يبطل بفوات المنفعة قبل الاستيفاء فيعود الى الدعوى ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل بقدر ما بقي فيرجع في دعواه بقدره وهذا قول محمد وهو القياس لانه اجارة وهي تبطل بواحد من هذه الاشياء وقال ابو يوسف لايبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعي يستوفي المنفعة على حاله وان مات المدعي وكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل فيما يتفاوت فيه كلبس الثياب وركوب الدابة (والاخيران) اي الصلح عن سكوت وانكار (معاوضة في حق المدعي) لانه يزعم ان ما اخذه كان عوضا عما يدعيه (وفداء اليمين وقطع المنازعة في حق الاخر) اي المدعى عليه لانه يزعم ان المدعي مفتر ومبطل في دعواه وانما دفع المال اليه لئلا يحلف وانقطع الخصومة ويجوز ان يكون لشيء واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجب الحل في المتناكحين والحرمة في اصولهما فيأخذ كل واحد منهما بما يزعم ثم فرعه بقوله (فلا شفعة في دار صولح عنها) اي الدار (مع احدهما) اي مع سكوت او انكار صورته ادعى رجل على آخر داره فسكت الاخر اوانكر فصالح عنها بدفع شيء آخر لم تجب الشفعة لان المدعى عليه يأخذها على اصل حقه ويعطي المال دفعا للخصومة لا انه يشتريها ولا يلزمه زعم المدعي لان المرء لا يؤخذ الا بزعمه (وتجب) الشفعة (في دار صولح عليها) اي على الدار فيما ادعى مالا على آخر فسكت اوانكر فصالح بدفع الدار بدله لان المدعي يأخذها عوضا عن ماله فيؤخذ بزعمه (وما استحق من المدعى بعضا اوكلا) في صورة الصلح مع سكوت اوانكار (يرد المدعي) على المدعى عليه فيها (حصته) اي ما استحق (من البدل) لان المدعى عليه قد بدل العوض لدفع خصومة المدعي فبالاستحقاق ظهر عدم خصومة المدعي مع المدعى عليه فيرد ما اخذه في مقابلة الخصومة على المدعى عليه (ويرجع) المدعي (بالخصومة) مع المستحق (فيه) اي فيما استحقه بعضا كان اوكلا (وما استحق من البدل بعضا اوكلا يرجع المدعي الى دعواه في قدره) اي في قدر البدل اي رجع المدعي الى الدعوى في الكل ان استحق الكل وفي قدر المستحق ان استحق البعض لان المدعي لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع ان قال احدهما بعتك هذا الشيء بهذا وقال الاخر اشتريت حيث يرجع المشتري عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى كما في التبيين (وهلاك البدل) اي بدل الصلح (قبل التسليم) الى المدعي (كاستحقاقه) اي كاستحقاق بدل الصلح فيبطل به لان هلاك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هذا هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين فان لم يكن كالنقدين لا يبطل بهلاكه (في الفصلين) اي في فصل الاقرار وفي فصل الانكار والسكوت ففي الاقرار يرجع بكله او ببعضه وفي الانكار يرجع بالدعوى (ولو صالح على بعض دار يدعيها) يعني اذا ادعى رجل على آخر دارا فصالحه على قطعة معلومة منها (لا يصح) الصلح وهو على دعواه في الباقي لان البعض لا يصلح عوضا عن الكل للزوم ان يكون الشيء عوضا عن نفسه اذ البعض داخل في ضمن الكل ولان ما قبضه من عين حقه فيكون على طلبه في باقي الدار اذ الاسقاط لا يقع عن الاعيان لكونه مخصوصا بالديون (وحيلته) اي حيلة جواز هذا الصلح (ان يزيد) المدعى عليه (في البدل شيئا) فيصير الزائد عوضا عن الباقي (او يبرأ) بضم اوله وفتح ثالثه اي يبرأ المدعى عليه او بضم اوله وكسر ثالثه اي يبرأ المدعي المدعى عليه (عن دعوى الباقي) بان يقول المدعي ابرأتك او برئت من دعوى هذه الدار لان الابراء عن دعوى العين جائز

 ﴿فصل﴾ (يجوز الصلح عن مجهول) لانه اسقاط (ولا يجوز الا على معلوم) لانه تمليك فيؤدي الى المنازعة والصلح على اربعة اوجه معلوم على معلوم ومجهول على معلوم وهما جائزان ومجهول على مجهول ومعلوم على مجهول وهما فاسدان فالحاصل ان كل ما يحتاج الى قبضه لابد ان يكون معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة وما لا يحتاج الى قبضه يكون اسقاطا فلا يحتاج الى علمه به فانه لا يفضي الى المنازعة وتمامه في العناية وغيرها فليطالع (فيجوز) الصلح (عن دعوى المال) لوجود معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه مطلقا سواء كان عن اقرار او سكوت او انكار (و) عن دعوى (المنفعة) كان يدعي في دار سكنى سنة وصية من صاحبها فيجحد الوارث او اقر فصالحه على مال او منفعة جاز لان اخذ العوض عنها بالاجارة جائز فكذا الصلح لكن انما يجوز عن المنفعة على المنفعة اذا كانتا مختلفتي الجنس بان يصالح عن سكنى على خدمة العبد مثلا واما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى مثلا فلا يجوز كما في الدرر وغيره وانما احتيج الى هذا التصوير لان الرواية محفوظة على انه لو ادعى استيجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز كما في السراج وغيره لكن في البحر ان الصلح عن دعوى المال مطلقا والمنفعة جائز كصلح المستأجر مع الموجر عند انكاره الاجارة او مقدار المدة المدعى بها او الاجرة وكذا الورثة اذا صالحوا الموصى له بالخدمة على مال مطلقا والمنافع ان اختلف جنسها فانه يجوز لا ان اتحد انتهى (و) يصح الصلح عن دعوى (الجناية في النفس) من القتل (و) في (ما دونها) من نحو شج الرأس وقطع اليد (عمدا) كانت الجناية (او خطأ) اما العمد فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شئ الاية اي من اعطي له بدل اخيه المقتول شئ بطريق الصلح واما الخطأ فلان موجبه المال فالصلح كان عن المال لكنه لا تصح الزيادة على قدر الدية والارش على اخذ مقادير الدية للربوا الا اذا قضى القاضي باخذ مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بزيادة جاز بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل لانه لا موجب له في المال ولو وقع الصلح على غير مقاديرها جاز كيف ما كان لعدم الربوا لكن يشترط القبض في المجلس ليخرج عن ان يكون دينا بدين (و) يصح الصلح ايضا (عن دعوى الرق) كما اذا ادعى على مجهول النسب انه عبده ثم تصالحا على شئ معين (وكان عتقا بمال) في حق المدعي وفي حق الاخر لدفع الخصومة لانه امكن تصحيحه بهذا الاعتبار فصح (ولا ولاء) له (عليه) لانكار العبد الا ان يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل في حق ثبوت الولاء عليه لا غير هذا اذا انكر العبد الرق اما اذا صالحه باقراره فيثبت الولاء (و) صح الصلح عن (دعوى الزوج) النكاح وكان خلعا مطلقا في زعمهما ان كان باقرار فتجب عليها العدة وان لم يكن باقرار يكون خلعا في زعمه ودفعا في زعمها ولا تلزم العدة عليها قضاء فان اقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل (ويحرم) اخذ المال (عليه) اي على المدعي (ديانة ان كان مبطلا) في دعواه وهذا عام في جميع انواع الصلح الا ان يسلمه بطيب نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة كما في العناية (ولو صالحها بمال لتقر له بالنكاح جاز) وتجعل زيادة في المهر لانها تزعم انها زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم انه زاد في مهرها (ولا يجوز ان ادعته) اي النكاح (المرأة) هكذا في بعض نسخ القدوري وهو الصحيح صرح به الزاهدي ولذلك اختار المصنف ووجهه انه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شئ يقابله العوض فلم يصح (وقيل يجوز) ووجهه ان يجعل بدل الصلح زيادة في مهرها (ولا) يصح الصلح (عن دعوى الحد) من الحدود فلو اخذ زانيا او سارقا او شارب خمر فصالحه على مال ان لا يرفعه اليه بطل الصلح فله ان يرجع بما دفع وكذا اذا اخذ قاذف المحصن

او المحصنة فصالحه لان الحدود حق الله تعالى لاحق المرافع و الاعتياض عن حق الغير
لايجوز كصلح واحد عن حق العامة كما اذا صالحه عما اشرعه الى الطريق نعم للامام ذلك اذا كان
فيه صلاح المسلمين ويضع ذلك في بيت المال (وان قتل عبد مأذون رجلا عمدا وصالح عن نفسه
لايجوز) لان رقبته ليست من تجارته ولذا لايملك التصرف فيها بيعا فلا يملك استخلاصها بمال
المولى الا ان ولي القتيل لايقتله بعد الصلح لانه عفا عنه بعد له ولايجب عليه البدل للحال ويتأخر
الى ما بعد العتق بخلاف المكاتب حيث يجوز ان يصالح عن نفسه (بخلاف صلحه) اي المأذون
(عن نفس عبد له) اي للمأذون (قتل رجلا عمدا) جاز صلحه لان تصرفه في عبده من باب التجارة
فيملك التصرف بيعا واستخلاصا (وان صالح) الغاصب (عن مغصوب تلف باكثر من قيمته) اي
قيمة العبد قبل القضاء بالقيمة (جاز) يعني ان من غصب ثوبا او عبدا قيمته الف واستهلكه
فصالحه على الفين جاز عند الامام (وقالا يبطل الفضل) من قيمته (ان كان مما لايتغابن) الناس
(فيه) لان حقه في القيمة والزائد عليها ربوا وله ان حقه في الهالك باق وانما ينتقل الى القيمة
بالقضاء فاذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا (وان) صالحا عنه (بعرض صح
مطلقا) اي سواء كانت قيمته اكثر من قيمة المغصوب اولا (اتفاقا) لان الزيادة لاتظهر عند
اختلاف الجنس وانما قلنا قبل القضاء لانه اذا قضى القاضي بالقيمة ثم صالحا باكثر من قيمته لايجوز
اجماعا كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيد كما قيدنا لكان اولى قيد يكون الصلح على اكثر من قيمته
بعد الاستهلاك اذ لو كان قبله يجوز اتفاقا وكذا لو صالحه بغير جنسه يجوز اتفاقا وكذا لو صالح
على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع كما في العناية (وان اعتق
موسر عبدا مشتركا) بينه وبين آخر (فصالح) الشريك (عن باقيه باكثر من نصف قيمته) اي
العبد (بطل الفضل) بالاتفاق اما عندهما فظاهر والفرق للامام ان القيمة في العتق منصوص عليه
وتقدير الشرع لايكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص
عليها (وان) صالحه (بعرض صح) كيف ما كان لما مر انه لايظهر الفضل عند اختلاف
الجنس قيد العتق بقوله موسرا اذ لو كان معسرا لاتلزم عليه قيمة نصيب شريكه بل تلزم على العبد
سعايته كما مر (ويجوز صلح المدعي بمال يدفعه الى المنكر ليقر له) بالعين صورته رجل ادعى عينا
على رجل في يده فانكره فصالحه على مال ليعترف له بالعين فانه يجوز ويكون في حق المنكر كالبيع
وفي حق المدعي كالزيادة في الثمن كما في الاختيار (وبدل الصلح عن دم عمد او على بعض دين يدعيه)
على آخر من المكيلات والموزونات (يلزم) اي البدل (الموكل لا الوكيل) لان الصلح عن القود
معاوضة باسقاط الحق والصلح على بعض الدين اسقاط محض فالوكيل فيه سفير ومعبر فلا ضمان
عليه كالوكيل بالنكاح كما مر في الوكالة (الا ان ضمنه) اي الوكيل البدل فانه حينئذ يكون مؤاخذا
بعقد الضمان لا بعقد الصلح والاستثناء منقطع (وبدل ما) اي بدل صلح (هو كبيع) بان كان
الصلح عن مال بمال مع اقرار (يلزم) البدل (الوكيل) لا الموكل لان الوكيل في المعاوضة المالية
اصيل وفي المعاوضة الاسقاطية سفير قيدنا مع اقرار لانه اذا كان الصلح مع انكار لايجب البدل
على الوكيل مطلقا كما في البحر وما في الاصلاح من ان كون البدل من غير جنس المصالح عنه ليس
بشرط كيف والصلح عن فرس بفرس جائز مخالفا لما ذكر في اول الكتاب وهو قوله صح مع اقرار
كبيع ان وقع عن مال بمال من غير جنسه ثم قال في تعليله لانه اذا كان من جنسه فهو حط وابراء او قبض
واستيفاء او فضل ربوا تدبر (وان صالح فضولي) اي صالح رجل عن رجل آخر بلا امر (وضمن)
الفضولي (البدل او اضاف الى ماله) اي الى مال نفسه بان قال صالحتك على الفي هذه او على
عبدي هذا (او اشار الى عرض او نقد بلا اضافة) بان قال صالحتك على هذا العبد او على هذا

الالف (اواطلق) بان قال صالحتك على الف (وسلم) القدر المصالح عليه الى المدعى (صح) الصلح اما اذا ضمن البدل فلان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء ويجوز ان يكون الفضولى اصيلا اذا ضمن كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل واما اذا اضاف الى ماله فلانه بهذه الاضافة التزم التسليم الى المدعى وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه واما اذا اشار الى نقد اوعرض فلانه تعيين للتسليم بشرط فيتم به الصلح واما اذا اطلق وسلم فلان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (وكان) الفضولى (متبرعا) لانه فعله بلا اذن المدعى عليه (وان اطلق) اى قال صالحتك على الف (ولم يسلم توقف) اى صار الصلح موقوفا على الاجازة (فان اجازة المدعى عليه جاز) الصلح (ولزمه البدل) لالتزامه اياه باختياره هذا اختيار المشايخ وقال بعضهم انه ينفذ على المصالح ولم يتوقف الا اذا لم يذكر البدل كما فى القهستانى (والا) اى وان لم يجزه (بطل) الصلح سواء كان المدعى عليه مقرا اولا والبدل عينا اودينا لان المصالح هنا وهو الفضولى لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ تصرفه عليه فيتوقف على اجازته وفى التنوير والخلع فى جميع ما ذكرنا من الاحكام كالصلح ادعى وقفية ارض على آخر ولا بينة للمدعى على دعواه فصالحه المنكر لقطع الخصومة عنه جاز الصلح وطاب له لو صادقا وقيل لا كل صلح بعد صلح فالثانى باطل وكذا الصلح بعد الشراء اقام المدعى عليه بينة بعد الصلح عن انكار المدعى قال قبل الصلح ليس لى قبل فلان حق والصلح ماض على الصحة ولو قال المدعى بعده ما كان لى قبل المدعى عليه حق بطل الصلح والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا وقيل اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقا ويصح الصلح بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع باقامة البينة وقيل لا طلب الصلح والابراء من المدعى عليه عن الدعوى لا يكون اقرارا بخلاف طلب الصلح والابراء عن المال صالح البايع مع المشترى عن عيب وظهر عدم ذلك العيب اوزال العيب بطل الصلح

﴿ باب الصلح فى الدين ﴾

وهو الذى ثبت فى الذمة (الصلح عما استحق بعقد المداينة) مثل البيع نسيئة ومثل الاقراض (على بعض جنسه) كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة (اخذ) خبر المبتدأ (لبعض حقه واسقاط لباقيه) لان تصحيح تصرف العاقل واجب ما امكن وقد امكن ذلك فيحمل عليه (لا معاوضة) لافضائه الى الربوا ثم فرعه بقوله (فلو صالح) المديون داينه (عن الف حال) فى ذمته (على مائة حالة) باسقاط ما فضل هو تسعمائة (او) عن الف حال على (الف مؤجل) باسقاط وصف الحلول فقط هو حق له كالفضل (صح) الصلح (وكذا) صح الصلح (عن الف جياد على مائة زيوف) باسقاط ما فضل واسقاط وصف الجودة معا ولا يشترط قبض البدل فى هذه الصور لكونه مداينة لا معاوضة (ولا يصح) لو صالح (عن دراهم حالة على دنانير مؤجلة) الى شهر سواء عن اقرار او انكار لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير فتعينت المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئا لا يجوز لكونه صرفا (او) صالحه (عن الف مؤجل على نصفه حالا) فانه لا يصح ايضا لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حط عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (او) صالحه (عن الف سود) جمع اسود اى دراهم مضروبة من نقرة سوداء مغلوبة الغش (على نصفه بيضاء) لانه من دراهم سود لا يستحق البيض فقد صالحه على ما لا يستحق بعقد المداينة وكان معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما لو صالح على قدر الدين وهو اجود كما لو صالحه عن الف حال على الالف المؤجل او صالحه عن الف بيض على الالف السود جاز بشرط قبضه فى المجلس لانه اذا كان الذى يستوفيه ادون من حقه قدرا ووصفا ووقتا او فى احدها فهو اسقاط

واذا كان ازيد منه فمعاوضة (ولو صالح عن الف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة او مؤجلة صح) لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مائة وتأجيلا للمائة التى بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه فسادا (وان قال من له على آخر الف ادغدا نصفه) اى نصف الالف (على انك برئ من باقيه ففعل) من عليه الالف ذلك بان قبل وادى اليه فى الغد النصف (برئ) عن النصف الباقى بالاتفاق (والا) اى وان لم يؤد غدا بالنصف (فلا يبرأ) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه قال يبرأ وان لم يؤد ولا يعود اليه النصف الساقط ابدا لانه ابراء مطلق لانه جعل الاداء عوضا عن الابراء نظرا الى كلمة على والاداء لا يصلح ان يكون عوضا لوجوبه عليه فصار ذكره كعدمه ولهما انه ابراء مقيد بشرط الاداء وانه غرض صالح حذرا من افلاسه او ليتوصل بها الى ما هو الانفع من تجارة رابحة او قضاء دين او دفع حبس فاذا عدم الشرط بطل الابراء وكلمة على تحتمل الشرط فتحمل عليه عند تعذر المعاوضة تصحيحا لكلامه وعملا بالعرف وهذه المسئلة على وجوه الاول ما ذكر والثانى قوله (وان قال صالحتك على نصفه على انك ان لم تدفع غدا النصف فالالف عليك لا يبرأ اذا لم يدفع اجماعا) يعنى ان قبل وادى اليه النصف فى الغد برئ عن الباقى والا فالكل عليه بالاجماع لانه اتى بتصريح التقييد فاذا لم يوجد بطل والثالث قوله (وان قال ابرأتك من نصفه على ان تعطينى نصفه غدا برئ) جواب ان (من نصفه اعطى) النصف فى الغد (او لم يعط) لان الداين اطلق البراءة فى اول كلامه ثم ذكر الاداء الذى لا يصلح عوضا فبقى احتمال كون الاداء شرطا وهو مشكوك هنا لكونه مذكورا مؤخرا عن البراءة فلم يتحقق كونه شرطا فبقى البراءة على الاطلاق فيصير الاداء وعدمه غير مفيد فى حق البراءة بخلاف الاداء فى الصورة الاولى لكونه مفيدا فى البراءة لذكره فى اول الكلام وبهذا التقرير اتضح الفرق بين الصورتين والرابع قوله (وكذا لو قال ادالى نصفه على انك برئ من باقيه ولم يوقت) للاداء وقتا فانه يصح الابراء بالاجماع ولا يعود الدين فانه ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لان الاداء واجب على المديون فى مطلق الازمان فلم يتقيد الابراء فحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء فى الغد غرض صحيح كما فى الهداية والخامس قوله (ولو قال ان اديت الى نصفه فانت برئ او اذا اديت او متى اديت) الى نصفه فانت برئ (لا يصح الابراء وان) وصلية (ادى) نصفه لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك كما مر (ومن قال) اى المديون (سرا لرب دينه لا اقر لك حتى تؤخره) اى الدين (عنى او تحط عنى) بعضه (ففعل) رب الدين التأخير او الحط (جاز) اى التأخير او الحط لانه ليس بمكره عليه فصار نظير الصلح مع الانكار فلا يتمكن من مطالبته فى الحال بعد التأخير ولا من مطالبة ما حط فى الحط ابدا (وان اعلن) ما قاله سرا (لزمه) اى جميع الدين (الحال) اى بلا تأخير ان اخر ولا حط ان حط

﴿ فصل ﴾ فى الدين المشترك والتخارج

(وان صالح احد ربى الدين) فى دين (عن نصفه) اى الدين وهو نصيبه (على ثوب فلشريكه) الخيار ان شاء (ان يتبع المديون بنصفه) اى بنصف الدين لبقاء حصته فى ذمته (او يأخذ نصف الثوب) من شريكه لان له حق المشاركة لانه عوض عن دينه (الا ان يضمن له) اى الشريك (المصالح ربع الدين) لان حقه فى الدين لا فى الثوب ولا فرق بين ان يكون الصلح عن اقرار او سكوت او انكار ثم ههنا قيدان الاول ان يكون المصالح عنه دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين والثانى ان يكون المصالح عليه ثوبا والمراد خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه او يرجع على المديون وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين (وان قبض

احد الشريكين (شيئا من الدين شاركه شريكه فيه) اى فى الذى قبضه واذا لم يشاركه تلزم قسمة الدين قبل القبض وهذا غير جائز فله ان يشاركه فيه ان شاء لانه عين حقه من وجه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه فى الحقيقة (واتبعا) اى الشريكان رجعا (على الغريم) اى المديون (بما بقى) من الدين لاستوائهما فى الاقتضاء ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بان مات المديون مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض لكن ليس ان يرجع فى عين تلك الدراهم المقبوضة بل يعود الى ذمته (وان) لم يصالح احد الشريكين بل (اشترى) من الذى عليه الدين (بنصيبه) من الدين (شيئا) فالآخر مخير ان شاء (ضمنه شريكه ربع الدين) لانه صار قابضا لنصيبه بالمقاصة ولا ضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة والمنازعة بخلاف الصلح لان مبناه على الحطيطة والمسامحة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به لانه لم يستوف تمام نصف الدين فلذا خيرناه (او اتبع الغريم) ان شاء لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان يشاركه (ومن ابرأ) احدهما ذمة المديون (عن نصيبه او قاص الغريم بدين سابق) بان كان للمطلوب على احدهما دين قبل وجود دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به (لا يضمن لشريكه) شيئا فى الصورتين اما فى الاولى فلان الابراء اتلاف لا قبض والرجوع يكون فى المقبوض لا فى المتلف واما فى الثانية فلانه قضى دينا كان عليه ولم يقبض لان الاصل فى الدينين اذا التقيا قصاصا ان يصير الاول مقضيا بالثانى والمشاركة انما تثبت فى الاقتضاء (وان ابرأ) احدهما (عن البعض) اى بعض نصيبه (قسم الباقى على سهامه) لان الحق عاد الى هذا القدر حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأه احدهما عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة كما فى الدرر (وان اجل احدهما) نصيبه (لا يصح) التأجيل عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه يصح عنده اعتبارا بالابراء المطلق ولهما انه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض كما فى الهداية وفى النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر فى عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول ابى يوسف وذلك سهل لجواز ان يكون المصنف قد اطلع على رواية محمد مع الامام (وبطل صلح احد ربى السلم) اى احد الشريكين فى سلم (عن نصيبه على ما دفع) من رأس المال وهذا عند الطرفين لانه يستلزم جواز قسمة الدين فى الذمة وانها لا تجوز (خلافا له) اى لابى يوسف (ايضا) كما خالف فى المسئلة الاولى فان عنده يجوز لانه دين مشترك فاذا صالح احدهما على حصته جاز كسائر الديون كما فى شرح الكنز للعينى وانما شرط على دفع رأس المال لان الصلح على غير رأس المال لا يجوز بالاتفاق لما فيه من استبدال المسلم فيه وفى التنوير صالح احد ربى سلم عن نصيبه على ما دفع فان اجازه الآخر نفذ عليهما وان رده رد وبطل ثم قال وهذه العبارة اولى من قول الكنز وهو اختيار المصنف وبطل الى آخره لانه ليس بباطل بل هو صحيح موقوف الان يراد به انه سيبطل على تقدير عدم الاجازة انتهى (وان اخرج الورثة احدهم عن عرض) هى التركة (او) اخرجوه عن (عقار) هى التركة (بمال) اعطوه له (او) اخرجوه عن (احد النقدين بالآخر) اى عن ذهب هو التركة بفضة دفعوها اليه او عن فضة هى التركة بذهب دفعوه اليه (او عنهما) اى عن النقدين (بهما) اى بالنقدين بان كان فى التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح ايضا دراهم ودنانير (صح) هذا الصلح فى الوجوه كلها (قل البدل او كثر) صرفا للجنس الى خلافه كما فى البيع لكن فى الوجه الثانى والثالث يعتبر التقابض فى المجلس تحرزا عن الربوا لانه صرف ولا يعتبر التساوى والاصل فى جواز التخارج اثر عثمان رضى الله تعالى عنه فانه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه عن ربع الثمن وكان له اربع نسوة على ثمانين الف دينار بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم

من غير نكير (ومن نقدين) وهما الذهب والفضة (وغيرهما) اى غير النقدين مثل العقار والعروض اراد ان التركة ان كانت مشتملة على هذه الاجناس فاخرجوه (باحد النقدين) يعنى دفعوا اليه امافضة اوذهبا (لايصح الاان يكون المعطى) بفتح الطاء اى الذى اعطوه (اكثر من نصيبه من ذلك الجنس) ليكون نصيبه بمثله وزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة تحرزا عن الربوا وذلك لان الصلح لايجوز بطريق الابراء لان التركة اعيان والبراءة من الاعيان لاتجوز لكن لابد من التقابض فى المجلس فيمايقابل النقدين لانه صرف فى هذا القدر (وان) صالحوا (بعرض) فى هذه الصورة (جاز مطلقا) لعدم الربوا (وان) كان (فى التركة دين على الناس فاخرجوه) اى اخرجت الورثة احدهم (ليكون الدين لهم بطل الصلح) لان فيه تمليك الدين الذى هو حصة المصالح من غير من عليه الدين وهم الورثة فبطل ثم تعدى البطلان الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين اولم يبين عندالامام و ينبغى ان يجوز عندهما فى غير الدين اذا بين حصته ثم ذكر لصحة الصلح حيلا فقال (وان شرطوا) اى الورثة (براءة الغرماء من نصيبه) اى من الدين الذى هو نصيب المصالح (صح) الصلح لانه اسقاط وتمليك للدين ممن عليه الدين وفى هذا الوجه ضرر لسائر الورثة حيث لايمكنهم الرجوع على المديون بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لايبقى للمصالح حق فيما على المديون فاذاوجد الضرر مع النفع فى محل لايعد الضرر ضررا فتصير هذه الحيلة مقبولة عندالبعض (وكذا) صح الصلح (ان قضوا) اى عجلوا قضاء (حصته) اى حصة المصالح (منه) اى من الدين (تبرعا) ثم تصالحوا عما بقى من التركة ولايخفى مافيه من ضرر بقية الورثة فالاولى ماذكره بقوله (اواقرضوه) اى اقرض بقية الورثة المصالح (قدرها) اى قدر حصة من الدين (واحالهم) اى احال المصالح الورثة (به) اى بالقرض الذى اخذه منهم (على الغرماء) وهم يقبلون الحوالة (وصالحوه عن غيره) اى عن غير الدين بما يصلح ان يكون بدلا صح وفى التبيين والاوجه منه ان يبيعوه كفا من تمر اونحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء او يحيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوه له ثم يأخذوه لانفسهم (وفى صحة الصلح عن تركة هى اعيان غير معلومة على مكيل اوموزون اختلاف) قال الامام المرغينانى لايصح لاحتمال الربوا بان كان فى التركة المجهولة مكيل اوموزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح وقال الفقيه ابوجعفر يصح لاحتمال ان يكون فى التركة من جنس بدل الصلح وعلى تقدير كونه يحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة ولاعبرة بها هذا هو الصحيح كما فى التبيين وغيره (والاصح الجواز ان علم انها) اى التركة (غير المكيل اوالموزون) والاولى بالواو كما فى الهداية وغيرها (اذا كانت كلها) اى كل التركة (فى يد البقية) اى بقية الورثة لان التركة قائمة فى ايديهم فالجهالة فيها لاتفضى الى النزاع لعدم الحاجة الى التسليم حتى لوكان بعض التركة فى المصالح ولايعرفه بقية الورثة لايجوز وقيل لايصح لانه بيع اذا المصالح عنه عين ومع الجهالة لايصح البيع (و بطل الصلح والقسمة ان كان على الميت دين مستغرق) للتركة لان التركة لم تملكها الوارث الا ان يضمن الوارث الدين بشرط ان لايرجع فى التركة او يضمن اجنبى بشرط براءة الميت (وان كان الدين غير مستغرق فالاولى ان لايصالح قبل قضائه) اى قضاء الدين لحاجته الى تقدم القضاء (ولوفعل) وصالح (قالوا يجوز) لان التركة لاتخلوعن قليل دين والداين قد يكون غائبا فتضرر الورثة بالتوقف على مجيئه و الداين لا يتضرر لان على الورثة قضاء دينه (القسمة تجوز قياسا) لمامر من ان التركة لاتخلوعن قليل دين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة (لا) تجوز (استحسانا) وهوقول الكرخى لان الدين يمنع تملك الوارث اذ مامن جزء من التركة الاوهو مشغول بالدين فلايجوز القسمة قبل قضائه (وقيل القياس ان يوقف الكل) لما مر من الدين يتعلق بكل جزء من التركة (والاستحسان ان يوقف قدر الدين و يقسم الباقى)

لدفع الضرر عن الورثة وفي التنوير واذا اخرجوا واحدا فحصته تقسم بين الباقي على السواء ان كان ما اعطوه من مالهم غير الميراث المشترك بينهم وان كان ما اعطوه له مما ورثوه من مورثهم فعلى قدر ميراثهم والموصى له كوارث فيما قدمناه صالحوا احدهم ثم ظهر للميت دين او عين لم يعلموها هل يكون داخلا في الصلح اشهرهما اى اشهر القولين لا يكون داخلا فيه

﴿كتاب المضاربة﴾

هي مفاعلة من الضرب في الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يعني الذين يسافرون في التجارة وسمى هذا العقد بها لان العامل فيه يسير في الارض غالبا لطلب الربح واهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وقراضا لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل واصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة للنص وفي الشرع (هي) اى المضاربة (شركة في الربح) بان يقول رب المال دفعته مضاربة او معاملة على ان يكون لك من الربح جزء معين كالنصف او الثلث او غيره ويقول المضارب قبلت ففيه اشعار بان كلا من الايجاب والقبول ركن والظرف للشركة (بمال من جانب) وهو جانب رب المال (وعمل من جانب) آخر وهو جانب المضارب وهو مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عن المال فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لتنتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله تعالى عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضي الله تعالى عنهم (والمضارب امين) ابتداء لانه قبض المال باذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة والحيلة في ان يصير المال مضمونا على المضارب ان يقرضه من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به في العمل بجزء شايع من الربح فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط واخذ رأس المال على انه بدل القرض وان لم يربح اخذ رأس المال بالقرض وان هلك المال هلك على المستقرض وهو العامل وذكر الزيلعي حيلة اخرى فليطالع (فاذا تصرف) المضارب في المال (فوكيل) لانه متصرف في ملكه بامره ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل (فان ربح) منه (فشريك) رب المال لانه هو المقصود من عقد المضاربة (وان خالف) المضارب بما شرط رب المال (فغاصب) ولو اجاز بعده لوجود التعدي منه على مال غيره فصار غاصبا فيضمن وبه قالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم وعن علي والحسن والزهري انه لا ضمان كما في الشمني (وان شرط كل الربح له) اى للمضارب (فمستقرض) فان استحقاق كل الربح لا يكون الا بعد ان يصير رأس المال ملكا له لان الربح فرع المال واشتراطه له يوجب تمليكه رأس المال اقتضاء (وان شرط) كل الربح (لرب المال فمستبضع) حيث يكون عاملا لرب المال بلا بدل وعمله لا يتقوم الا بالتسمية فكانه كان وكيلا متبرعا (وان فسدت) المضاربة بشيء (فاجير) لان المضارب عامل لرب المال وما شرط له كالاجرة على عمله ومتى فسدت ظهر معنى الاجارة فلا ربح حينئذ لانه يكون في المضاربة الصحيحة ولما فسدت صارت اجارة (فله) اى للمضارب (اجر مثله) اى اجر مثل عمله كما هو حكم الاجارة الفاسدة (ربح اولم يربح) وبه قال الشافعي لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب له اجر المثل وان لم يربح في رواية الاصل وعن ابي يوسف لا اجر له اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة (ولا يزاد) اجر مثل عمله (على) قدر (ما شرط له) من الربح (عند ابي يوسف) لانه رضي به وهو المختار (خلافا لمحمد) فان له اجر المثل عنده بالغا ما بلغ وبه قالت الائمة الثلاثة (ولا يضمن) المضارب (المال) بالهلاك (فيها) اى المضاربة الفاسدة (ايضا) اى كما لا يضمنه في المضاربة الصحيحة لانه امين فلا يكون ضمينا وهذا ظاهر الرواية وبه يفتى وعن محمد انه يضمن كما في القهستاني وقال الطحاوي عدم الضمان

قول الامام وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وقال الاسبيجابي والاصح انه لاضمان على قول الكل كما في العناية (ولاتصح المضاربة الابمال تصح به الشركة) من النقدين والتبر والفلس النافق لكن في الكبرى ان في المضاربة بالتبر روايتين وعن الشيخين انهما تصح بالفلس ولم تصح عند محمد وعليه الفتوى كما في القهستاني (وان دفع عرضا وقال بعه واعمل في ثمنه مضاربة فقبل اوقال اقبض مالي على فلان) من الدين (واعمل به مضاربة) فقبل (جازت ايضا) كما تصح به الشركة لان المضاربة في المسئلة الاولى اضيفت الى ثمن العرض وهو مما تصح فيه المضاربة وفي الثانية اضيفت الى زمان القبض والدين اذا قبض صار عينا فيجوز هذا العقد بخلاف مالو قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فانه لايجوز اتفاقا وفي المنح ولو قال اقبض ديني على فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل ان يقبض كله ضمن ولو قال فاعمل به لايضمن وكذا بالواو لان ثم للترتيب فلايكون مأذونا بالعمل الابعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو فانه يكفي قبض البعض كذا في بعض المعتبرات لكن في القول بان الفاء كالواو في هذا الحكم نظر لان ثم تفيد الترتيب والتراخي والفاء تفيد التعقيب والترتيب فينبغي ان لايثبت الاذن فيهما قبل القبض بل يثبت عقيبه بخلاف الواو فانها لمطلق الجمع من غير تعرض لمقارنة ولاترتيب وفي المجتبى لو قال اشتر لي عبدا نسيئة ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشتراه ثم باعه وعمل فيه جاز ولو قال رب المال للغاصب او المستودع او المستبضع اعمل بما في يدك مضاربة جاز (وشرط تسليم المال الى المضارب بلايد لرب المال فيه) لان تخلية المال للعامل واجب للتمكن من التصرف فيه حتى لو شرط عمل رب المال معه افسدت المضاربة لان ذلك يخل بالتسليم بخلاف الشركة (عاقدا كان) رب المال (اوغير عاقد كالصغير اذا عقدها) اى المضاربة (له) اى للمضارب (وليه) اى ولي الصغير وشرط عمل الصغير معه فانه لايجوز لان يد المالك ثابت له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب (واحد الشريكين اذا عقدها) اى المضاربة (الاخر) اى اذا دفع احد المتفاوضين واحد شريكي العنان المال مضاربة وشرط عمل شريكه معه فانه لايجوز لقيام الملك له فالمعتبر فيه عمل المالك لا العاقد حتى لودفع الاب او الوصي مال الصغير وشرط عمل نفسه جاز لانهما من اهل ان يأخذ مال الصغير مضاربة بانفسهما فجاز اشتراط العمل عليهما بخلاف المأذون لو دفع ماله مضاربة وشرط عمله معه فانه لم يجز لان اليد المتصرفة ثابتة له فنزل منزلة المالك وفيه اشعار بان الوصي اذا دفع مال الصغير الى نفسه مضاربة جاز كما في الذخيرة لكن ينبغي ان يراد في هذه المسئلة ان الوصي لايجعل لنفسه اكثر مايجعل لامثاله كما قاله الطرطوسي (و) شرط (كون الربح بينهما مشاعا) اى لاتصح المضاربة حتى يكون الربح مشاعا بينهما بان يكون اثلاثا او منصفا ونحوهما لان الشركة لاتتحقق الابه فلو شرط لاحدهما دراهم مسماة تبطل فيكون الربح لرب المال وشرط كون نصيب كل من المضارب ورب المال معلوما عند العقد وكون رأس المال معلوما تسمية او اشارة (فتفسد) المضاربة (ان شرط لاحدهما عشرة دراهم مثلا) لان اشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما لانه ربما لايربح بالشرط فاذا لم يصح بقيت منافعه مستوفاة بحكم العقد فيجب اجر المثل وفي التنوير ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب (وكل شرط يوجب جهالة الربح) كشرط رب المال على المضارب ان يدفع اليه ارضه ليزرعها سنة او داره ليسكنها سنة (يفسده) اى المضاربة لانه جعل بعض الربح عوضا عن عمله والبعض اجرة داره او ارضه ولايعلم حصة العمل حتى تجب حصته وتسقط ما اصاب منفعة الدار (وما) اى كل شرط (لا) يوجب جهالة الربح (فلا) يفسد المضاربة (و) لكن (يبطل الشرط) لانه يفضي الى جهالة حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لاغير ولاجهالة فيه (كشرط

الوضيعة) وهي الخسران (على المضارب) لان الخسران جزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يفسد المضاربة لانها لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة ولان صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة (والمضارب في مطلقها) اى مطلق المضاربة وهو ما لم يقيد بمكان او زمان او نوع من التجارة نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه (ان يبيع ويشترى ويوكل بهما) اي بالبيع والشراء (ويسافر) بمال المضاربة برا وبحرا ولو دفع المال في بلده على الظاهر وعن ابي يوسف لا يسافر وبه قال الشافعي وعن الامام ان دفع اليه المال في بلده ليس له ان يسافر به وفي القهستاني ولا يسافر سفرا مخوفا يتحامى الناس عنه في قوتهم (ويبضع) من الابضاع وهو ان يدفع الى غيره مالا ليعمل فيه ويكون الربح لرب المال (ويودع ويرهن ويرتهن ويوآجر ويستأجر ويحتال بالثمن على الايسر وغيره) لان كل ذلك من صنيع التجار (ولو ابضع) المضارب (المال صح ولا تفسد به) اى بالابضاع (المضاربة) وقال زفر تفسد لان رب المال حينئذ متصرف في مال نفسه وهو لا يصلح ان يكون وكيلا فيه فيكون مستردا له ولنا ان التصرف في مال المضاربة صار حقا للمضارب فيصلح ان يكون رب المال وكيلا عنه في التصرف فيه (وليس له) اى للمضارب (ان يضارب) مال المضاربة لاخر (الا باذن رب المال) صريحا (او بقوله له) اى للمضارب (اعمل برأيك) لان الشيء لا يتضمن مثله فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه كالوكيل لا يملك التوكيل الا بقول الاصيل اعمل برأيك بخلاف الابضاع والايداع لانهما دون المضاربة لا مثلها فيتضمنهما (ولا) اى ليس للمضارب (ان يقرض او يستدين) بان يشترى باكثر من مال المضاربة (او يهب او يتصدق) وان قيل له اعمل برأيك لان المراد بهذا القول التعميم في كل ما هو من صنيع التجار وهذا ليس من صنيعهم اذ الربح المقصود عندهم لا يحصل بها (الا بتنصيص) من رب المال على الاقراض والاستدانة والهبة والتصدق فحينئذ ملكها وفرع على الاستدانة بقوله (فان اشترى بمالها) اى المضاربة (بزا) بفتح الباء الموحدة والزاى المعجمة عند اهل الكوفة ثياب الكتان لا ثياب الصوف والخز كما في المغرب (وقصره) اى غسله باجرة من ماله من قصر يقصر بالضم قصرا او قصارة او من قصر الثوب بالتشديد اى جمعه فغسله كما في القهستاني (او حمله) من موضع الى آخر (بماله) اى بمال المضارب لا بمالها (فهو) اى المضارب (متبرع) فلا يرجع بماله على رب المال (وان) وصلية (قيل له اعمل برأيك) لانه استدانة على رب المال بلا اذن صريح فلو قصر بالنشا فحكمه حكم الصبغ (وله) اى للمضارب (الخلط بماله) اى المضارب (والصبغ) به له (ان قيل له ذلك) اى اعمل برأيك والمراد من الصبغ ان يصبغه احمر لعدم الخلاف في كونه زيادة بخلاف السواد فانه نقصان عند الامام لكن اطلاق المصنف يشعر انه اختار قول الامامين وسكت عن قول الامام تتبع (فلا يضمن المضارب به) اى بالخلط ولا بالصبغ فانه مأذون فيه لان قوله اعمل برأيك يتضمنه فلا يكون به متعديا (ويصير) المضارب (شريكا) لرب المال (بما زاد الصبغ) فيه (وحصته) اى حصة قيمة الصبغ (له) اى للمضارب (اذا بيع) المصبوغ (وحصة الثوب) الابيض (في) مال (المضاربة) حتى اذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ الفا ومصبوغا الفا ومأتين كان الالف للمضاربة ومأتا درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة والحمل وتمامه في العناية فليطلع (وان قيدت المضاربة ببلد) معين بان قال رب المال للمضارب دفعته مضاربة في الكوفة مثلا (او سلعة) اى متاع معين بان قال دفعته مضاربة في الكرباس مثلا (او وقت) معين بان قال دفعته مضاربة بالصيف مثلا (او معامل معين) بان قال دفعته مضاربة لفلان (فليس له) اى للمضارب (ان يتجاوز) مما عينه المالك لان المضاربة توكيل

وفى التخصيص فائدة لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والاوقات والامتعة والاشخاص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجه من تلك البلدة وقال مالك والشافعى اذا شرط المالك ان لايشترى الامن رجل بعينه اوسلعة بعينها اومالا يعم وجوده لاتصح المضاربة (كما) لايتعدى الشريك (فى الشركة) عما عينه الشريك الآخر بشئ منها (فان تجاوز) المضارب بان يخرج الى غير ذلك البلد فتصرف فيه اواشترى سلعة غير ماعينه اوفى وقت غير ماعينه اوباع من غير من عينه (ضمن) لانه صارغاصبا بالمخالفة وكان المشترى له (والربح له) اى للمضارب وعليه خسرانه ثم قيل يضمن بنفس الاخراج من البلد لوجود المخالفة وقيل لايضمن مالم يشتر لاحتمال عوده الى البلد قبل الشراء فان عاد زال الضمان فصار مضاربة على حاله بالعقد الاول (فان قال له) اى قال المالك للمضارب (عامل اهل الكوفة او) عامل (الصيارفة فعامل فى الكوفة غير اهلها) اى الكوفة (اوصارف) اى عامل معاملة الصرف (مع غير الصيارفة) لايكون مخالفا فيجوز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثانى التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لافيما وراء ذلك كما فى الهداية (وكذا) لايكون مخالفا (اوقال اشتر فى سوقها) اى الكوفة (فاشترى فى غيره) اى غير سوق الكوفة لان اماكن المصر كلها سواء فى السعر والنقد والامن فيجوز (بخلاف قوله لاتشتر فى غير السوق) فانه حينئذ لايجوز لواشتراه فى غيره فيضمن لانه صرح بالحجر والولاية الى المالك وفى العناية كلام فليطالع (وان قال) المالك للمضارب (خذ هذا المال تعمل به) اى بالمال (فى الكوفة) مرفوعا اومجزوما (او) خذ هذا المال (فاعمل به) اى بالمال (فيها) اى الكوفة (اوخذه) اى المال مضاربة (بالنصف فيها) اى الكوفة (فهو تقييد) فليس له ان يعمل فى غير الكوفة لان قوله تعمل به تفسير لقوله خذه والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير وكذا قوله فاعمل به لانه فى معنى التفسير لان الفاء للوصل والتعقيب والذى وصل الكلام المبهم وتعقبه كان تفسيرا له وكذا لوقال خذه مضاربة بالنصف لان الباء للالصاق فيقتضى ان يكون العمل فيه وكذا وقال خذه مضاربة بالنصف فى الكوفة لان فى للظرف وانما تكون البلدة ظرفا اذا حصل الفاعل اوالفعل وكذا اذا قال خذه مضاربة على ان تعمل بالكوفة لان على للشرط فيتقيد به كما فى التبيين (بخلاف خذه) اى المال مضاربة (واعمل به فيها) اى فى الكوفة فانه ليس بتقييد حتى لايضمن فى العمل فى غيرها لان الواو للعطف والشئ لايعطف على نفسه وانما يعطف على غيره وقد يكون للابتداء اذا كانت بعدها جملة فتكون مشورة لاشرطا للاول والضابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة مالايمكن التلفظ به ابتداء اويمكن جعله مبنيا على ماقبله يجعل مبنيا عليه كما فى الفاظ الثلاثة السابقة التى تذكر فى المتن وان استقام الابتداء به لايبنى على ماقبله ويجعله مبتدأ كما فى اللفظ الاخير (وللمضارب ان يبيع بنسيئة) متعارفة عند التجار كسنة اودونها (مالم يكن آجلا لايبيع اليه التجار) كعشرين سنة مثلا وعند الائمة الثلاثة لايبيع بنسيئة الاباذنه لان البيع بالنسيئة يوجب قصر يد المضارب عن التصرف فيصير بمنزلة دفعه المال مضاربة فلايجوز الاباذن ولنا ان البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو اقرب الى تحصيل الربح الذى هو مقصود رب المال فانه بالنسيئة اكثر منه بالنقد ولهذا كان له ان يشترى دابة للركوب وليس له ان يشترى سفينة للركوب وله ان يستكريهما اعتبارا لعادة التجار كما فى الهداية (وان باع) المضارب (بنقد ثم اخر) اى الثمن (صح اجماعا) اما عندهما فان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لان المضارب لايضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لايملك ذلك واما عند ابى يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسأ بخلاف الوكيل لايملك الاقالة كما فى الهداية (وله) اى للمضارب (ان يأذن لعبد المضاربة) اى العبد الذى اشتراه من ماله المضاربة (فى التجارة) فى الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار وعن محمد لايملك ذلك لانه بمنزلة الدفع مضاربة (وليس له) اى للمضارب (ان يزوج عبدا اوامة من مالها)

اى مال المضاربة لان التزويج ليس من التجارة مع ان عقد المضاربة يتضمن التوكيل بالتجارة فلا يملك التزويج وان كان اكتسابا بجهة اخرى وعن ابى يوسف ان المضارب يزوج الامة لانه من الاكتساب اذ يستفيد به المهر وسقوط النفقة من مال المضاربة وفيه اشارة الى انه لا يحل وطئ جارية المضاربة ربح اولا واذن به اولا كما فى القهستانى (ولا) يجوز للمضارب (ان يشترى به) اى بمال المضاربة (من يعتق على رب المال) سواء كان ذلك العتق بسبب القرابة كاشتراء ابن رب المال او بسبب اليمين كقوله ان ملكته فهو حر لان حصول الربح غير متصور بالعتق فعقد المضاربة ينافيه (فان شرى) المضارب به من يعتق عليه (كان) الشراء (له) اى لنفس المضارب ويضمن دفعا للضرر (لا لها) اى لا يكون للمضاربة لان الشراء نافذ على المشترى لكونه اصيلا فى حق البايع (ولا) يجوز للمضارب (ان يشترى من يعتق عليه) اى على المضارب (ان كان فى المال ربح) لانه يعتق نصيبه ويفسد نصيب رب المال بسببه او يعتق على الاختلاف الذى مضى بيانه فى العتق والمراد من الربح هنا ان تكون قيمة العبد المشترى اكثر من رأس المال سواء كان فى جملة رأس المال ربح اولا حتى لو كان المال الفا فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما الف فاعتقهما المضارب لا يصح عتقه واما بالنسبة الى استحقاق المضارب فانه يظهر فى الجملة ربح حتى لو اعتقهما رب المال فى هذه الصورة صح وضمن نصيب المضارب منهما وهو خمسمائة موسرا كان او معسرا كما فى المنح (فان فعل) اى اشترى من يعتق عليه وقيمته اكثر من رأس المال (ضمن) اى المضارب لانه مشترى لنفسه (وان لم يكن) فى المال (ربح صح) اشتراؤه لانه لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة فيصح (فان حدث ربح بعد الشراء) بان كان قيمته وقت الشراء قدر رأس المال او اقل ثم ازدادت قيمته حتى صارت اكثر من رأس المال (عتق نصيبه) اى نصيب المضارب لكونه مالكا قريبه (ولا يضمن) رب المال شيئا من قيمته لعدم صنعه فى زيادتها فصار كما اذا ورثه مع غيره (بل يسعى المعتق) بفتح التاء (فى) قيمة (نصيب رب المال) منه لاحتياج رأس المال ونصيبه من الربح عنده (ولو اشترى المضارب بالنصف امة بالف وقيمتها) اى الامة (الف) فوطئها (فولدت ولدا يساوى الفا فادعاه) اى ادعى المضارب الولد حال كونه (موسرا) اى فى حال يساره (فصارت قيمته) اى قيمة الولد (الفا ونصفه) اى خمسمائة (استسعاه) اى الغلام ان شاء (رب المال فى الف وربعه) اى ربع الالف وهو مائتان وخمسون (او اعتقه) اى اعتق رب المال الغلام ان شاء (فاذا قبض) رب المال (الالف) من الغلام (ضمن المدعى) اى المضارب (نصف قيمة الامة) وذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه ولده من النكاح بان زوجها البايع له ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لا تنفذ هذه الدعوة لعدم الملك وهو شرط فيها اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة اذا صارت اجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر ربح عندنا لان بعضها ليس باولى به من البعض فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب فى الامة ولا فى ولد الامة وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا ينفذ دعوته فاذا زادت قيمته فصارت الفا وخمسمائة ظهر الربح فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ظهر الربح حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لانه انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه واما الدعوة فاخبار فاذا رد فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته كما اذا اخبر بحرية عبد لغيره يرد اخباره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا كما فى الدرر هذا

﴿باب﴾

يقرأ بالتنوين وعدمه (المضارب يضارب) مع آخر

مضاربة المضارب مركبة فلهذا اخرها عن المفرد (فان ضارب المضارب) اى دفع المضارب
مال المضاربة الى آخر مضاربة (بلا اذن) من رب المال (فلا ضمان) على المضارب اذا هلك
المال بمجرد الدفع (مالم يعمل) المضارب (الثانى) فى المال واذا عمل ضمن الدافع ربح الثانى اولا
(فى ظاهر الرواية) عن الامام (وهو قولهما وفى رواية الحسن عن الامام لايضمن بالعمل ايضا
مالم يربح) اى الثانى وقال زفر يضمن بالدفع تصرف اولم يتصرف وهو رواية عن ابى يوسف وهو
قول الائمة الثلاثة لانه دفع ماله الى غيره بلا امر فيضمن ولنا انه كالايداع قبل العمل وهو يملك
الايداع بنفسه وجه ظاهر الرواية ان الربح انما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام
حقيقة حصوله فى صيرورة المال مضمونا به هذا اذا كانت المضاربة الثانية صحيحة (وان كانت
الثانية فاسدة فلا ضمان) على الاول (وان) وصلية (ربح) الثانى لانه اجير والاجير لايستحق
شيئا من الربح فلا تثبت المضاربة وله اجر مثله على المضارب الاول فيكون الربح بين الاول ورب
المال على ماشرط له (وحيث ضمن) اى حيث لزم الضمان بعمل الثانى فى ظاهر الرواية وبالربح
فى رواية الحسن عنه (فلرب المال تضمين ايهما شاء) باجماع اصحابنا (فى المشهور) من الرواية
اى خير رب المال ان شاء ضمن المضارب الاول رأس ماله لتعديه عليه وان شاء ضمن الثانى لقبضه
بغير اذن المالك وان اختار رب المال ان يأخذ الربح ولايضمن ليس له ذلك كما فى المبسوط فان ضمن
الاول صحت المضاربة بينه وبين الثانى لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على
الوجه الذى رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وكان الربح على ماشرط وان ضمن الثانى رجع
بما ضمن على الاول بالعقد لانه عامل له كالمودع ولانه مغرور من جهته فى ضمن العقد وصحت
المضاربة بينهما ويكون الربح بينهما على ماشرطا ويطيب للثانى ما ربح لانه يستحقه بالعمل
ولاخبث فى العمل ولايطيب للاول لانه يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولايعرى عن نوع
خبث كما فى الهداية (وقيل على الخلاف فى ايداع المودع) اى يضمن الاول فقط ولايضمن الثانى
عند الامام وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع فان عنده لايضمن وعندهما
يخير والفرق بينهما للامام ان مودع المودع كان يقبضه لنفع الاول فلايكون ضامنا اما المضارب
الثانى فيعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا (وان اذن) رب المال (له) اى للمضارب
بالدفع الى آخر (بالمضاربة فضارب) المضارب (بالثلث و) الحال انه (قد قيل له) اى وكان
رب المال قال للمضارب الاول (مارزق الله بيننا نصفان او) مارزق الله (فلى نصفه اوما فضل)
من رأس المال (فنصفان) فعمل الثانى وربح (فنصف الربح لرب المال وثلثه للثانى) اى للمضارب
الثانى (وسدسه للاول) اى للمضارب الاول لان الدفع الى الثانى مضاربة لانه باذن المالك
وقد شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله تعالى وقد جعل المضارب الاول للثانى ثلثه فينصرف
ذلك الى نصيبه لانه لايقدر ان ينقص من نصيب رب المال شيئا فيبقى للاول السدس ويطيب ذلك
لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال وهما بالعمل (وان دفع) المضارب الاول للثانى (بالنصف)
والمسئلة بحالها (فنصفه) اى الربح (لرب المال ونصفه للثانى) اى المضارب الثانى (ولاشئ
للاول) لان المالك شرط لنفسه جميع الربح فانصرف شرط الاول النصف للثانى الى نصيبه
فيكون للثانى بالشرط ويخرج الاول بغير شئ لانه لم يبق له (وان شرط) الاول (للثانى الثلثين) اى
ثلثى الربح والمسئلة بحالها (فكما شرط) يعنى لرب المال النصف وللمضارب الثانى الثلثان
(ويضمن) المضارب (الاول للثانى سدسا) اى سدس الربح من ماله لان المالك شرط النصف
لنفسه فله ذلك واستحق المضارب الثانى ثلثى الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه
معلوما لكن لاينفذ فى حق المالك اذ لايقدر ان يغير شرطه فيغرم له قدر السدس تكملة للثلثين

لالتزامه بالعقد (وان كان قيل له) اى للمضارب الاول يعنى قال له رب المال (مارزقك الله اوما ربحت بيننا نصفان فدفع) المضارب لآخر مضاربة (بالثلث) فعمل الثانى وربح (فلكل منهم) اى لكل واحد من المالك والمضارب الاول والثانى (ثلثه) لان ثلث الربح مشروط للثانى ومابقى من الربح ثلثان وهو مرزوق للاول فنصف الثلثين هو الثلث لرب المال على ماشرط ولا يبقى للاول الاالثلث ويطيب لهم ايضا (وان دفع) المضارب لآخر مضاربة (بالنصف) فى هذه الصورة (فللثانى نصف) الربح (ولكل من) المضارب (الاول ورب المال ربع) الربح لان الاول شرط للثانى نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ماربح الاول ولم يربح الاالنصف فيكون بينهما (ولوشرط) المضارب (العبد رب المال ثلثا) من الربح (ليعمل) العبد (معه) اى مع المضارب (و) شرط (لرب المال ثلثا) من الربح (ولنفسه ثلثا صح) ذلك لان اشتراط العمل على العبد لايمنع التخلية والتسليم من المالك سواء عليه دين اولا لان للعبد يدا معتبرة فيكون منفردا خصوصا اذا كان مأذونا واشترا ط العمل اذن له فتكون حصته للمولى انلم يكن على العبد دين والافهو لغرمائه ان شرط عمله والا فهو للمولى قوله معه عادي وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون للمولى وان لم يشترط عمله قيد بعبد رب المال لان عبد المضارب اوشرط له شئ من الربح ولم يشترط عمله لايجوز ويكون ماشرط لرب المال اذا كان على العبد دين والا يصح سواء شرط عمله اولا ويكون للمضارب وقيد بكون العاقد المولى لانه لوعقدها المأذون مع اجنبي وشرط عمل مولاه لم يصح انلم يكن عليه دين والاصح عند الامام خلافا لهما وقيد باشتراط عمل العبد لان اشتراط رب المال مع المضارب مفسد وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضارب به اوعمل رب المال مع الثانى ولوشرط بعض الربح للمساكين اوللحج اوفى الرقاب لم يصح ويكون لرب المال ولوشرط لمن شاء المضارب فان شاءه لنفسه اولرب المال صح وان شاءه لاجنبي لم يصح كما فى البحر (وتبطل) المضاربة (بموت احدهما) اى بموت المالك او المضارب لكونها وكالة وهى تبطل به ولايورث (و) تبطل ايضا (بلحاق رب المال) بدار الحرب حال كونه (مرتدا) العياذ بالله تعالى اذا حكم بلحوقه من يوم ارتد وانتقل ملكه الى ورثته فلم يتصرف المضارب بعد ذلك فى المال الااذا كان متاعا اوعروضا فبيعه وشراؤه فيه جائز حتى يحصل رأس المال قيد بلحوقه لانه لوارتد ولم يلحق فتصرفه موقوف فان عاد بعد لحوقه مسلما فالمضاربة على حالها كما فى البحر بخلاف الوكيل والفرق ان محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل بخلاف المضارب لكن ينبغى ان يكون هذا اذا لم يحكم بلحوقه امااذا حكم فلاتعود المضاربة لانها بطلت كما هو ظاهر كلام الاتقان لكن فى العناية تعود سواء حكم بلحاقه اولا (لا) تبطل المضاربة بلحاق (المضارب) اجماعا لان تصرفات المرتد انما تتوقف عند الامام للتوقف فى املاكه ولاملك للمضارب فى مال المضاربة فبقيت المضاربة على حالها فان مات اوقتل اولحق وحكم بلحاقه بطلت المضاربة كما فى السراج (ولاينعزل) المضارب (بعزله) اى بعزل رب المال اياه (مالم يعلم) المضارب (به) اى بالعزل لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله (فان علم) المضارب بعزله (والمال عروض فله) اى للمضارب (بيعها) اى العروض مطلقا لان له حقا فى الربح ولا يظهر الابالنقد فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك (ولايتصرف فى ثمنها) اى فى ثمن العروض التى باعها لان البيع بعد العزل كان للضرورة ليظهر الربح ولاحاجة اليه بعد النقد ولايملك المالك فسخها فى الحالة لان للمضارب حقا فى الربح كما فى البحر (وان كان) مال المضاربة (نقدا من جنس رأس المال) اى مال عقد المضاربة حين علمه بعزله (لايتصرف) المضارب (فيه) اى النقد لعدم الحاجة اليه وهو معزول (وان) كان المال (من غير جنسه) اى غير جنس رأس

المال (فله) اى المضارب (تبديله بجنسه) اى اذا كان رأس المال دراهم وهو معزول ومعه دنانير له بيعها بالدراهم (استحسانا) لان الواجب للمضارب ان يرد مثل رأس المال وهو يتحقق برد جنسه فكان له تبديله بجنسه ضرورة وفى القياس لايبدل لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية (ولو افترقا) اى المضارب ورب المال بالفسخ (و) كان (فى المال دين على الناس لزمه) اى المضارب (الاقتضاء) اى مطالبة الدين شرعا (ان كان) فيه (ربح) لانه يأخذ الاجر فعليه عمل الطلب (والا) اى وان لم يكن فيه ربح (فلا) يلزم الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع فلا جبر على المتبرع (و يوكل) المضارب (المالك به) اى بالاقتضاء لان المضارب هو العاقد وحقوق العقد تتعلق لعاقد فلابد من توكيله المالك فى الطلب اذا امتنع كيلا يضيع حق رب المال حيث لابد فع المديون الدين اليه وانما يدفعه الى من عقد معه اوالى وكيله (وكذا) اى مثل هذا حكم (سائر الوكلاء) فانهم اذا امتنعوا عن الاقتضاء يوكلون الملاك (والبياع) من باع الناس باجر (والسمسار) بالكسر المتوسط بين البايع والمشترى يبيع و يشترى للناس باجر من غيران يستأجر (يجبران عليه) اى على الاقتضاء لوجود سبب الاجبار وهو العمل باجرة عادة فيجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليهما التقاضى والاستيفاء لانه وصل اليهما بدل عملهما فصارا كالمضارب اذا كان فى المال ربح (وماهلك من مال المضاربة صرف الى الربح اولا) دون رأس المال لانه تابع ورأس المال اصل فينصرف الهالك الى التابع كما فى مال الزكوة الى العفوابتداء (فان زاد) الهالك (على الربح لايضمن المضارب) لكونه امينا سواء كان من عمله اولا ويقبل قوله فى هلاكه وان لم يعلم ذلك كما قيل فى الوديعة وسواء كانت المضاربة صحيحة اوفاسدة فهى امانة عند الامام وعندهما ان كانت فاسدة فالمال مضمون كما فى المنح وهوقول الطحاوى لكن ظاهر الرواية عدم الضمان فى الكل كما قررناه فى قوله ولايضمن المال فيها (فان اقتسماه) اى المضارب والمالك الربح (وفسخت) المضاربة (ثم عقدت) المضاربة جديدا (فهلك المال او بعضه) فى يد المضارب (لايترادان) اى المضارب والمالك (الربح) المقسوم لان المضاربة الاولى قد انتهت وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانية لايوجب انتقاض الاول كما لودفع اليه مالا آخر (وان اقتسماه من غير فسخ) ثم هلك المال كله او بعضه (ترادّاه) اى المضارب والمالك الربح المقسوم (حتى يتم رأس المال) لان الربح تابع فلا يسلم بدون سلامة الاصل (فان فضل شئ) من الربح بعد ما استوفى رأس المال (اقتسماه) اى مافضل لانه ربح (وان لم يف) اى الربح ماهلك من رأس المال (فلاضمان على المضارب) لانه امين فيه

﴿ فصل ﴾ فى المتفرقات

(ولاينفق المضارب من مالها) اى مال المضاربة (فى مصره) الذى ولد فيه (او فى مصر اتخذه دارا) اى وطنا اذلايحتبس فيه لعمل المضاربة بل يسكن فيه بالسكنى الاصلى عمل اولم يعمل قيد باتخذه وطنا لانه لو نوى الاقامة فى مصر ولم يتخذه وطنا فنفقته من مال المضاربة (ولا) ينفق (فى) المضاربة (الفاسدة) لانه اجير ولانفقة له (فان سافر) المضارب للتجارة فى مال المضاربة (فطعامه وشرابه من مالها) اى من مال المضاربة لان النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضى والزوجة فاذا سافر صار محبوسا به فيجب مؤنته الراتبة فيه خلافا للشافعى (بالمعروف) اى بحيث لايعد مثل هذا الانفاق فى عرفهم اسرافا (وكذا كسوته) بالمعروف (وركوبه شراء واستيجارا) وعلف الدابة التى يركبها فى سفره وحوائجه والركوب بالفتح المركوب (وكذا اجرة خادمه) اى خبازه وطابخه وغاسل ثيابه وعامل مالابد له منه اعتبارا لعادة التجار (وفراش ينام عليه وغسل ثيابه) مستدركة بقوله وخادمه الا ان يراد به ثمن مايغسل به مثل الحرض والصابون كما فى الكفاية (وكذا الدهن) بفتح الدال وسكون الهاء بمعنى الادهان (فى موضع يحتاج فيه اليه) اى الى الدهن

كالحمار وكذا اجرة الحمام والحلاق ودهن السراج والحطب وانما قلنا اعتبارا لعادة التجار لان غسل الثياب ونحوه ابس مما لابد له منه فكان ينبغي ان لايكون من مال المضاربة كاجرة الحمام ولكن في عادة التجار لابد منه ليزداد رغبات الناس في معاملتهم ولايعدونهم في عداد المفاليس (وضمن) المضارب (ماكان زائدا على العادة) لانتفاء الاذن (ونفقته) اي المضارب (في مصره من ماله) لما مر انها جزاء الاحتباس هذا تصريح بما علم ضمنا في قوله ولاينفق المضارب من مالها في مصره فلو اقتصر لكان اخصر (كالدواء) فانه من ماله في ظاهر الرواية لان الحاجة الى النفقة دائمة بخلاف الدواء لانه قد يمرض وقد لايمرض فلايعد من جملة النفقة سواء كان في السفر او الحضر فيكون من ماله كزوجة يكون دواؤها من مالها وعن الامام ان الدواء من مال المضاربة لانه لايتمكن من التجارة الا به فيصير كالنفقة (ويرد مابقي من كسوة وغيرها) كالطعام ونحوه (اذا قدم) من السفر الى مسكنه (الى رأس المال) لانتهاء الاستحقاق بانتهاء السفر (ومادون السفر كسوق المصر) في كون نفقته في ماله لافي مال المضاربة (ان امكنه ان يغدو او يبيت في اهله) لان اهل السوق يتجرون في اسواق المصر ويبيتون في منازلهم مع ان ذهابهم وايابهم لمصالح انفسهم لاللغير (والا) اي وان لم يمكنه ان يغدو ويبيت باهله (فكالسفر) في كون نفقته في مال المضاربة لافي مال نفسه لان ذهابه قد صار للمضاربة يقينا (وليس للمستبضع الانفاق من مالها) اي من مال البضاعة لانه كالوكيل فيكون متبرعا فلاتجب له النفقة (ويأخذ ماانفقه المضارب من الربح اولا) يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح يأخذ المالك من الربح مقدار ما انفقه المضارب من رأس المال ليكمل رأس المال (ومافضل) من الربح (قسم) بينهما على ما شرطا فتكون النفقة مصروفة الى الربح لا الى رأس المال وفيه اشارة الى انه ان لم يربح تجب النفقة من رأس المال كما في الفرائد ولو انفق المضارب من ماله ثم هلك مال المضاربة لم يرجع على رب المال (وان سافر) المضارب (بماله ومال المضاربة) اوخلط ماله بمال المضاربة باذن رب المال (او) سافر (بمالين لرجلين انفق بالحصة) اي توزع النفقة على قدر الحصص من المال (وان باع) المضارب (متاع المضاربة مرابحة حسب ما انفقه) اي المضارب (عليه) اي على المتاع (من) اجرة (حمل ونحوه) مما جرت العادة بين التجار بضمه كاجرة السمسار والقصار والصباغ وقال قام علي بكذا لان هذه الاشياء تزيد في القيمة وتعارف التجار الحاقها برأس المال في بيع المرابحة فلهذا قال في التنوير وكذا يضم الى رأس المال مايوجب زيادة فيه حقيقة اوحكما او اعتاده التجار وهذا هو الاصل كما في النهاية (لا) يجب (نفقة نفسه) اي نفس المضارب في سفره اذا باعه مرابحة لانها لاتزيد في القيمة (ولو شرى مضارب بالنصف بالف المضاربة بزا وباعه) اي البز (بالفين واشترى بهما عبدا فضاعا) اي الالفان (في يده) اي المضارب (قبل نقدهما) اي الالفين (يغرم) المضارب (ربعهما) اي ربع الالفين وهو خمسمائة (و) يغرم (المالك الباقي) وهو الف وخمسمائة لان المال لما صار الفين ظهر الربح في المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالفين عبدا صار مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلثة ارباعه للمالك ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما في العبد فربعه على المضارب وثلثة ارباعه على المالك (وربع العبد للمضارب وباقيه) وهو ثلثة ارباعه (للمضاربة) لان نصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة وبينهما تناف ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ماينافيها (ورأس المال) وهو جميع مادفع رب المال الى المضارب (الفان وخمسمائة) لانه دفع اليه مرة الفا واخرى الفا وخمسمائة (ولايبيعه) اي المضارب العبد (مرابحة الا على الفين) ولايقول قام علي بالفين وخمسمائة اذ الشراء وقع

بالفين ولا تضم الوضيعة التي وقعت بسبب الهلاك في يد المضارب (ولو بيع) العبد المذكور بعد ذلك (باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلثة آلاف) بعد رفع المضارب حصته وهي الالف لانه لما ضمن ربع العبد كان ربعه ملكه خاصة فالالف ربعه لكونه ثمنه اربعة آلاف ثم يرفع منها رأس المال وهو الفان وخمسمائة (والربح منها خمسمائة بينهما) اى بين المضارب والمالك فيكون حصة كل منهما خمسين ومائتين (ولو اشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بالف لا يبيعه) المضارب العبد (مرابحة الا على خمسمائة) ولا يقول قام على بالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم وكذا لو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان البيع الجاري بينهما كالمعدوم (ولو اشترى مضارب بالنصف بالف المضاربة عبدا يعدل) اى تساوى قيمته (الفين فقتل) ذلك العبد (رجلا قتلا خطأ) فامر بالدفع او الفداء فاذا دفعا العبد الى ولى المقتول انتهت المضاربة بهلاك مالها بالدفع بلا بدل وكذا ان فديا خرج العبد عن المضاربة اما خروج حصة المضارب فلتقرر ملكه في العبد بالفداء فصار كالقسمة واما خروج حصة المالك فلسلامة الحصة منه بضمان الفداء (فربع الفداء عليه) اى المضارب (وباقيه) وهو ثلثة ارباعه (على المالك) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما ارباعا فكذا الفداء (واذا فدى) على بناء المجهول يعنى اذا فديا صار العبد لهما ولكن (خرج عن المضاربة) فبقى ارباعا (ويخدم المضارب يوما والمالك ثلاثة ايام) بحكم الاشتراك بينهما لانه بحكم الفداء كانهما اشترياه ولو اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء مع ذلك فله الفداء ثم اعلم ان العبد المشترى في المضاربة اذا جنى خطأ لا يدفع بها حتى يحضر المضارب والمالك سواء كان الارش مثل قيمة العبد او اقل او اكثر وكذا لو كانت قيمته الفا لا غير لا يدفع الا بحضرتهما والحاصل انه تشترط حضرة المالك والمضارب للدفع دون الفداء الا اذا ابى المضارب الدفع والفداء وقيمته مثل رأس المال فلرب المال دفعه لتعينه فان كان احدهما غائبا وقيمة العبد الفا درهم ففداه الحاضر كان متطوعا كما في البحر وذكر قاضيخان ان المضارب ليس له الدفع والفداء وحده لانه ليس من احكام المضاربة فلهذا كان اليهما (ولو اشترى بالف المضاربة عبدا وهلك الالف قبل نقده) اى قبل دفعه الى البايع (دفع المالك الثمن) يعنى الفا آخر (ثم) اذا جهز المالك الفا آخر ليدفعه وهلكت قبل النقد يدفع اليه نقدا آخر (وثم) كذلك الى ما لا يتناهى حتى يصل الثمن الى البايع لان هلاك الامانة كهلاكها في يد المالك (وجمع ما دفع) المالك من الالفين والثلثة والاكثر (رأس المال) لان المال في يد المضارب امانة دون استيفاء لان حكم الامانة ينافيه وليس فيه تضييع حق رب المال لانه يلحق رأس المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الا مرة واحدة فان قبضه بعد الشراء استيفاء فيصير مضمونا عليه فلا يرجع على الموكل مرة اخرى (ولو كان مع المضارب الفان فقال) المضارب لرب المال (دفعت الى الفا وربحت الفا وقال المالك بل دفعت اليك الالفين فالقول للمضارب) وقال زفر القول لرب المال وهو قول الامام اولا لان المضارب يدعى الربح والشركة فيه ورب المال ينكره فالقول قول المنكر ثم رجع وقال القول قول المضارب وهو قولهما لانهما اختلفا في المقبوض والقول في مقداره للقابض ولو ضمينا اعتبارا بما لو انكره اصلا فان القول له (ولو اختلفا مع ذلك) اى مع الاختلاف في رأس المال (في قدر الربح فللمالك) اى فالقول لرب المال في مقدار الربح فقط لان الربح استحق بالشرط وهو مستفاد من جهته فايهما اقام البينة على ما ادعاه من فضل قبلت وان اقاماها فالبينة بينة رب المال في دعواه الزيادة في رأس المال والبينة بينة

المضارب فى دعواه الزيادة فى الربح (ولو قال من معه الف قد ربح فيها) الجملة حال او صفة الف (هى مضاربة زيد وقال زيد بل بضاعة) ابضعته لك (فالقول لزيد) لان من معه الف يدعى عليه تقويم عمله اوشرطا من جهته اوالشركة فى ماله وهو ينكر فالقول قول المنكر (وكذا لو قال ذو اليد هى قرض وقال زيد) بل (بضاعة او وديعة او مضاربة) يكون القول لزيد وهو رب المال والبينة للذى فى يده المال لانه يدعى عليه تمليك الربح وهو ينكر ولو كان بالعكس بان ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالبينة بينة المضارب لان رب المال يدعى عليه الضمان وهو ينكر وايهما اقام البينة قبلت وان اقاماها فبينة رب المال اولى لانها مثبتة للضمان (ولو قال المضارب لرب المال (اطلقت وقال المالك عينت نوعا) من التجارة (فالقول للمضارب) مع يمينه لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يصير لعارض الشرط وتقبل بينة من اقامها فان اقاماها فان وقتا وقتا قبل صاحبهما يقضى بالمتأخرة وان لم يوقتا او وقتا على السواء اووقت احديهما دون الاخرى قضى بينة رب المال كما فى البحر (ولو ادعى كل) اى كل واحد من المالك والمضارب (نوعا) مغايرا لما يدعيه الآخر (فللمالك) اى القول للمالك مع يمينه لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفى الضمان ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان اخر الشرطين ينقض الاول كما فى الهداية فان قلت ان البينة للاثبات لا للنفى واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفى الضمان فاقام صاحب الهداية اللازم مقام الملزوم وفى المنح وان لم يوقتا اووقتا على السواء اووقتت احديهما دون الاخرى فالبينة للمالك وان كان المالك يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا كما فى الذخيرة

﴿كتاب الوديعة﴾

لاخفاء فى اشتراكها مع ماقبلها فى الحكم وهو الامانة وهى فى اللغة مشتقة من الودع وهو مطلق الترك قال عليه الصلاة والسلام لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات اى عن تركها يقال له مودع بفتح الدال ولتاركها مودع بكسرها وفى الشريعة (الايداع تسليط المالك غيره على حفظ ماله) صريحا اودلالة لما قال فى المحيط لو انفتق زق رجل فاخذه رجل ثم تركه ولم يكن المالك حاضرا يضمن لانه لما اخذه فقد التزم حفظه دلالة وان لم يأخذه ولم يزق منه لايضمن وان كان المالك حاضرا لايضمن فى الوجهين (والوديعة ما يترك عند الامين للحفظ) مالاكان اوغيره وركنها الايجاب صريحا كقوله اودعتك هذا المال اوكناية كما لو قال لرجل اعطنى الف درهم اوقال لرجل اعطنيه فقال اعطيتك فهذا على الوديعة كما فى المنح اوفعلا كما لو وضع ثوبه بين يدى رجل ولم يقل شيئا فهو ايداع اما لو قال لم اقبله لم يضمن بالهلاك لان الدلالة لا تعارض بالصريح والقبول من المودع صريحا قوله قبلتها ونحوه اودلالة كما لو سكت عند وضعه بين يديه لما قال فى الخلاصة لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا اذا ضاع وان اقام واحد بعد واحد ضمن الاخير لانه تعين للحفظ فتعين للضمان ولهذا لو وضع ثيابه بمرأى الثيابى كان ايداعا وان لم يتكلم ولايكون الحمامى مودعا مادام الثيابى حاضرا فان كان غائبا فالحمامى مودع ولو قال لصاحب الخان اين اربطها فقال هناك كان ايداعا وفى البزازية لبس ثوبا بمرأى الثيابى فظن الثيابى انه ثوبه فاذا هو ثوب الغير ضمن هو الاصح ولو نام الحمامى وسرق الثوب ان نام قاعدا لايضمن وان مضطجعا يضمن وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه حتى لو اودع الآبق والطير فى الهواء والمال الساقط فى البحر لايصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه حتى لو اودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ولو كان عبدا محجورا ضمن بعد العتق كما سيأتى ولو كانت الوديعة عبدا فقتله الصبى ضمن عاقلة الصبى قيمته وخير مولى العبد بين الدفع والفداء وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة فى يده ووجوب ادائه عند طلب مالكه وشرعية الايداع بقوله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واداء الامانة لايكون الابعدها وبالسنة

لانه عليه الصلاة والسلام كان يودع ويستودع وبالاجماع على ان قبول الوديعة من باب الاعانة
وهى مندوبة لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقوله عليه السلام والله فى عون العبد مادام العبد
فى عون اخيه (وهى) اى الوديعة (امانة) الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص لان
الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون العكس كما يقال الانسان حيوان
ولايقال الحيوان انسان فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والامانة مايقع فى يده من غير قصد بان
هبت الريح بثوب انسان والقته فى حجر غيره وفى الوديعة يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وفى
الامانة لايبرأ بعد الخلاف كما فى النهاية والكفاية وقال يعقوب باشا وفيه كلام وهو انه اذا اعتبر
فى احديهما القصد وفى الاخرى عدمه كان بينهما تباين لاعموم وخصوص والاولى ان يقال
والامانة قد تكون بغير قصد كما لايخفى انتهى لكن يمكن الجواب بان المراد بقوله والامانة مايقع
فى يده من غير قصد كونها بلا اعتبار قصد لان عدم القصد معتبر فيها حتى يلزم التباين بل هى
اعم من الوديعة لانها تكون بالقصد فقط والامانة قد تكون بالقصد وبغيره تدبر وما فى العناية
من انه قد ذكرنا ان الوديعة فى الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة
اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد فيه كلام وهو ان الامانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لانها
اعم منها لان التسليط على الحفظ فعل المودع وهو المعنى والامانة عين من الاعيان فيكونان متباينين
والاولى ان يقول والوديعة ماتترك عند الامين كما فى هذا المختصر (فلايضمن) اى لايضمن المودع
الوديعة بغير تعد (بالهلاك) سواء امكن التحرز عنه اولا هلك معها للمودع شئ اولا لقوله عليه
الصلاة والسلام ليس على المستودع غير المغل ضمان ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها ولو ضمنا
المودع امتنع الناس عن قبولها وفى ذلك تعطيل المصالح واشتراط الضمان على الامين باطل وبه
يفتى كما فى اكثر المعتبرات واستثنى صاحب الدرر فقال الا ان يموت المودع مجهلا اى لم يبين حال
الوديعة فانه حينئذ يكون متعديا فيضمن كذا الامناء اى كل امين مات مجهلا لحال الامانة يضمن
الامتوليا اخذ الغلة ومات مجهلا وسلطانا اودع بعض الغانمين بعض الوديعة ومات مجهلا اى
بلابيان المودع وقاضيا اودع مال اليتيم ومات مجهلا بلابيان المودع انتهى لكن الاولى الموافق
لما فى الخلاصة واودع بعض الغنيمة بعض الناس لكن الانحصار على الثلثة لايليق لان الوصى اذا
مات مجهلا فلاضمان عليه وكذا الاب اذا مات مجهلا مال ابنه وكذا اذا مات الوارث مجهلا مااودعه
عند مورثه وكذا اذا مات مجهلا لما القته الريح فى بيته وكذا اذا مات مجهلا لما وضعه مالكه فى بيته
بغير علمه وكذا اذا مات الصبى مجهلا لما اودع عنده محجورا وكذا لو مات احد المتفاوضين ولم يبين
حال المال الذى فى يده لم يضمن نصيب شريكه (وللمودع ان يحفظها) اى الوديعة (بنفسه)
فى داره ومنزله وحانوته ولو اجارة او اعارة (وعياله) من زوجته وولده ووالديه واجيره المساكنة
سواء كانوا فى نفقته اولا وكذا لو حفظت الزوجة الوديعة بزوجها فضاعت لاتضمن الزوجة لانه
ساكن معها بلانفقة منها والمراد من الاجير التلميذ الخاص الذى استأجره مسانهة او مشاهرة
بشرط ان يكون طعامه وكسوته عليه وولده الكبير ان كان فى عياله دون الاجير المياومة وعند
الشافعى واشهب المالكى يضمن بالدفع وشرط كون من فى عياله امينا فلو دفع الى زوجته وهى غير
امينة وهو غير عالم بذلك اوتركها فى بيته الذى فيه ودايع الناس وذهب فضاعت ضمن كما فى
الخلاصة (وله) اى للمودع (السفر بها) اى بالوديعة (عند عدم النهى) عن المالك (والخوف)
على الوديعة بالاخراج بان كان الطريق امينا لا يقصد احد بسوء غالبا ولو قصد يمكنه دفعه
بنفسه او برفقته هذا عند الامام سواء كان له حمل ومؤنة اولا لان الامر مطلق فلايتقيد بالمكان
كما لايتقيد بالزمان واما اذا قال احفظها فى هذا المصر ولاتخرجها منه فان كان سفرا له بد منه ضمن

وان كان سفرا لابد منه ان كان فى المصر من فى عياله فكذلك لانه امكنه تركها فى اهله والالم يضمن ويضمن لوسافر بها فى البحر اجماعا (خلافا لهما فيماله حمل ومؤنة) لان الظاهر من حال صاحبها انه لايرضى به فيتقيد لكن قيل عند ابى يوسف اذا كان السفر بعيدا فليس له ذلك فيماله حمل ومؤنة وعند محمد ليس له السفر بها بعيدا كان او قريبا فيماله حمل ومؤنة وقال الشافعى ليس له ذلك فى الوجهين (وان حفظها) اى المودع الوديعة (بغيرهم) اى بغير من فى عياله فضاعت (ضمن) المودع اوذلك الغير كما فى القهستانى لان صاحبها لم يرض بيد غير والايدى تختلف فى الامانة ولكن روى عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس فى عياله اودفع الى امين من امنائه ممن يثق به فى ماله وليس فى عياله لايضمن و فى النهاية وعليه الفتوى ثم قال وعن هذا لم يشترط فى التحفة فى حفظ الوديعة بالعيال (الا اذا خاف) المودع (الحرق) بان وقعت نارا العياذ بالله تعالى فى داره فخاف هلاك الوديعة (او) خاف (الغرق) كذلك (فدفعها) اى الوديعة (الى جاره) فى صورة الحرق (او) دفعها (الى سفينة اخرى) فى صورة الغرق فضاعت لايضمن لانه لايمكنه ان يحفظها فى هذه الحالة الابهذا الطريق فصار مأذونا فيه دلالة ولهذا قال فى الخلاصة امرأة حضرتها الوفاة وعندها وديعة فدفعتها الى جاره فهلكت عندها ان لم يكن وقت وفاتها بحضرتها احد من عيالها لاتضمن وفى التبيين هذا اذا لم يمكنه ان يدفعها الى من هو فى عيالها وان امكنه ان يحفظها فى ذلك الوقت بعياله فدفعها الى الاجنبى تضمن لانه لاضرورة له فيه وكذا لو القاها فى سفينة اخرى وهلكت قبل ان يستقر فيها بان وقعت فى البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله وفى المنح ان ادعى المودع التسليم الى جاره اوالى فلك اخرى صدق ان علم وقوعه اى الغرق ببينة وان لم يعلم لايصدق (فان طلبها) اى الوديعة (ربها فحبسها) اى حبس المودع لوديعة (و) الحال (هو قادر على تسليمها) اى الوديعة (صار غاصبا) فيضمن ان ضاعت لوجود التعدى بمنعه وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه وفيه اشارة الى انه لواسترد ها فقال لم اقدر ان احضر هذه الساعة فتركها فهلكت لم يضمن لانه بالترك صار مودعا ابتداء والى انه لواستردها فقال اطلبها غدا فلما كان من الغد قال هلكت لم يضمن ان هلكت قبل قوله اطلبها كما فى القهستانى والى انه لو طلب وقت الفتنة ولم يردها خوفا على نفسه او على ماله بان كان مدفونا مع ماله لايضمن كما فى شرح المجمع (وكذا) يضمن ان هلكت (او طلبها) صاحبها (وجحده) اى جحده عند مالكها على حذف المضاف بقرينة مقابله وهو قوله بخلاف جحدها عند غيره (اياها) اى الوديعة بان قال لم تود عنى (وان) وصلية (اقر بعده) اى بعد الجحود لان بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده (بخلاف جحدها) اى الوديعة (عند غيره) اى غير المودع فانه لايضمن وقال زفر يضمن لان بالجحود صار غاصبا فيضمن ولنا ان انكاره عند غيبة المالك كان لحفظ الوديعة خوفا عليها من طمع طامع فلايكون موجبا للضمان بخلاف حضرته وفيه اشارة الى انه لوقال له ماحال وديعتى عندك ليشكر على حفظها فجحدها لاضمان عليه والى ان المودع لوادعى ان المالك وهبها منه او باعها له وانكر صاحبها ثم هلكت لايضمن كما فى الخلاصة والى ان تكون الوديعة منقولا لانها لوكانت عقارا لايضمن بالجحود عند الشيخين خلافا لمحمد كما فى التبيين وفى البحر هذا اذا نقلها من مكانها وقت الانكار لانه لولم ينقلها من مكانها حال جحوده فهلكت لاضمان عليه وقال صاحب المنح ولو جحد الوديعة ثم ادعى ردها بعد ذلك و برهن على الرد قبل برهانه و برئ منها كما لو برهن قبل الجحود وقال غلطت فى الجحود او نسيت او ظننت انى دفعتها وانا صادق فى قولى لم يستودعنى فان بينته تقبل فى قول الشيخين وفى الاقضية لوقال لم يستودعنى ثم ادعى الرد والهلاك لايصدق ولوقال ليس له على شئ

ثم ادعى الرد اوالهلاك يصدق وتمامه فيه فليطالع (وان خلطها) اى المودع الوديعة (بماله) بغير اذن من المالك لانه ان خلطها باذنه كان شريكا فيها (بحيث لا يتميز فان) خلطها (بجنسها) كخلط الحنطة بالحنطة في غير المائع واللبن باللبن في المائع (ضمن) المودع لانه صار مستهلكا لها واذا ضمنها ملكها (وانقطع حق المالك منها) اى من الوديعة (في المائع وغيره عند الامام) لكن قالوا الاباحة له التناول قبل اداء الضمان قيد يكون المودع هو المخالط لانه لو كان اجنبيا او من في عياله لا يضمن المودع والضمان على الخالط صغيرا كان اوكبيرا ولا يضمن ابوه لاجله كما في الخلاصة (وعندهما في غير المائع للمالك ان يشركه ان شاء) لان هذا الخلط استهلاك من وجه دون وجه آخر اذ لم يتعذر وصول المالك الى عين ماله حكما بالقسمة اذ القسمة فيما يكال او يوزن افراز معتبر شرعا وله ان الخلط استهلاك من كل وجه لتعذر وصول المالك الى عين ماله حقيقة فينقطع ملك المالك عن المخلوط والقسمة ليست بموصلة الى عين حقه بل وسيلة الى الانقطاع ضرورة (وكذا) للمالك ان يشركه (في المائع) ان شاء (عند محمد) لان الجنس لا يغلب الجنس (وعند ابي يوسف يصير الاقل تابعا للاكثر فيه) اعتبارا للغالب اجزاء وفي التسهيل اعتراض فليطالع وعند الائمة الثلاثة في الخلط بالجنس لا يضمن (وان خلطها بغير جنسها) كبر بشعير وزيت بشيرج (ضمن) المودع (وانقطع حق المالك اجماعا) لان هذا استهلاك حقيقة فيوجب الضمان بالاجماع وفيه اشارة الى انه لو خلط على وجه تميز لم يضمن (وان اختلطت) الوديعة بمال المودع (بلا صنعه) اى المودع (اشتركا) اى المودع والمودع (اجماعا) لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدي ولم يوجد وكانت شركة ملك فالهالك من مالهما فلم يضمن (وان تعدى) المودع (فيها) اى في الوديعة (بان كانت الوديعة (ثوبا فلبسه او دابة فركبها او عبدا فاستخدمه) فهلكت (ضمن) لانه استهلاك معنى (فاذا زال التعدي) بان ترك اللبس او الركوب او الاستخدام سليما (زال الضمان) وعند الائمة الثلاثة لا يزول لان حكم الوديعة ارتفع بالتعدي فلا يعود اليه الا بسبب جديد فلم يوجد فلا يبرأ عن الضمان ولنا ان الشيء انما يبطل بما ينافيه والاستعمال لا ينافي الايداع ولذا صح الامر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء فاذا زال عاد حكم العقد وفي البحر انه يزول الضمان عنه بشرط ان لا يعزم على العود الى التعدي حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه ان يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان وفي المنح ان المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق انما يبرأ عن الضمان اذا صدقه المالك في العود وان كذبه لا يبرأ الا ان يقيم البينة على العود الى الوفاق (بخلاف المستعير والمستأجر) للعين اذا تعديا ثم ازالاه لا يزول الضمان لان قبضهما كان لانفسهما لاستيفائهما المنافع عنها فبازالة التعدي عن العين لم يوجد الرد الى صاحبها بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لكونه عاملا له في الحفظ خلافا لزفر اعتبارا بالوديعة (وكذا) زال الضمان (او اودعها) اى الوديعة (ثم استردها) للامر (ولو انفق) المودع (بعضها) اى الوديعة (فهلك الباقي ضمن ما انفق فقط) ولا يضمن كلها لان الضمان يجب بقدر الخيانة وقد خان في البعض دون البعض ويعمل بقوله في الانفاق بيمينه (وان رد مثله وخلطه بالباقي ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم كما في الهداية يعني عند الامام وعندهما ان شاء شركه وان شاء يضمن وعند الائمة الثلاثة يضمن ما انفق فقط قيد بالانفاق ورد المثل لانه اذا اخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته فرده الى موضعه ثم ضاعت فلا ضمان عليه وتمامه في المنح فليراجع (ولو تصرف فيها) اى الوديعة (فربح تصدق به) اى بالربح عند الطرفين (وعند ابي يوسف يطيب له) الربح اذا ادى الضمان او سلم عينها بان باعها ثم اشتراها ودفع الى مالكها ودليل الطرفين بين في البيع (وان اودع اثنان من واحد شيئا لا يدفع) الواحد (الى احدهما) اى الى احد الاثنين (حصته بغيبة الاخر)

فان دفع ضمن نصفه ان هلك عند الامام سواء كان مثليا اوغير مثلي في المختار لان هذا الدفع يوجب القسمة والمودع مأمور بالحفظ لا بالقسمة (خلافا لهما) في المثلي لان معنى الافراز فيه غالب كما ان معنى المبادلة في غير المثلي غالب واذا لايجوز له الدفع فيه و يجوز في المثلي وفيه اشارة الى انه لايجوز له الدفع حتى لوخاصمه الى القاضي لم يأمره بدفع نصيبه اليه في قول الامام والى انه لودفع اليه لايكون قسمة اتفاقا حتى اذا هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ بحصته والى انه يأخذ حصته منها اذا ظفر بها والى انه لودفع وارتكب الممنوع لايضمن كما في المنح (وان اودع) واحد (عند اثنين ما يقسم) اى ما يمكن قسمته كالدراهم والدنانير (اقتسماه) المودعان (وحفظ كل) واحد منهما (حصته) لانه يمكن الاجتماع على حفظها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص (فاذا دفع احدهما الى الآخر ضمن الدافع) عند الامام وكذا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر ما يمكن قسمته لان الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الى ما يقبل التجزي تناول البعض لا الكل فاذا سلم احدهما الكل الى الاخر ولم يرض المالك به ضمن (لا) يضمن (القابض) لان مودع المودع لايضمن عنده (وعندهما الكل) واحد منهما (حفظ الكل) اى كل الوديعة (باذن الاخر) لانه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الاخر ولايضمنه (وان) كان ما اودع عند الاثنين (مما لايقسم) اى مما لايمكن قسمته كالعبد اومما يتعيب بالقسمة كالثوب (حفظه) اى ما لايقسم (احدهما باذن الاخر اجماعا) لان المالك رضي بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد في الكل (وان نهى) اى نهى المالك المودع (عن دفعها) اى الوديعة (الى عياله) فدفع المودع (الى من نهاه) وكان (له منه بد) وعدم احتياج اليه كدفعه الخاتم الى عبده مع ان له اهلا سواه (ضمن) ان هلك (وان) دفعها (الى من لابد) اى لافراق له (منه كدفع الدابة الى عبده و) كدفع (شيء يحفظه النساء الى زوجته لايضمن) ان هلك لان الوديعة مما يحفظ بيده او بايدي عياله في بيته فنهي المالك يعتبر ان كان النهي مقيدا والا يعتبر الحفظ المطلوب كما لو قال لاتدفع الى فلان من عيالك ولم يكن له عيال سواه لم يصح نهيه لانه لابد له من الدفع وان كان له عيال غيره فدفعه الى من نهى عن دفعها اليه ضمن وعند الائمة الثلاثة لوكان الاخر دون الاول يضمن والا فلا (وان امر) اى امر المالك المودع (بحفظها) اى الوديعة (في بيت معين من دار) المودع (فحفظها في غيره) اى حفظ المودع في بيت آخر (منها) اى من هذه الدار وكانت بيوت الدار مستوية في الحفظ (لايضمن) المودع لانه لايمكنه الحفظ مع مراعاة هذا الشرط فلم يكن مفيدا فلا يعتبر الشرط (الا ان كان فيه) اى في البيت الاخر (خلل ظاهر) بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ مكشوف يتخوف منه فان الشرط معتبر حينئذ فيضمن لكون المعين احرز من الاخر (وان امر بحفظها في دار فحفظ في غيرها) اى في غير تلك الدار (ضمن) لتفاوت الدارين في الاغلب فيفيد امره (ولو اودع المودع) غيره (فهلكت الوديعة ضمن) المودع (الاول فقط) عند الامام لان الثاني قبض المال من يد امين اذ بالدفع لايكون ضمينا ما لم يفارقه لحضور رأيه فاذا فارقه فقد ترك الحفظ اللازم بالتزام فيضمن بتركه والثاني مداوم على الحفظ ولم يوجد منه صنع في هلاك المال فلا يلزمه الضمان (وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (ضمن ايا شاء) اى يخير المالك في التضمين لان الاول خائن بالتسليم الى الثاني بغير اذن المالك والثاني متعد بقبضه بغير اذنه (فان ضمن) المالك المودع (الثاني) رجع اى الثاني (على الاول) لانه عامل له بامره فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (لا) يرجع (بالعكس) اى ان ضمن المالك المودع الاول لايرجع الاول على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه (ولو اودع الغاصب) المغصوب عند غيره (ضمن) المغصوب منه (ايا شاء) من الغاصب ومودعه (اجماعا) لان

الثانى صار مثل الاول فى التلق منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء ثم مودع الغاصب ان لم يعلم ان المودع غاصب فضمن رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك فى الظاهر وحكى ابو اليسر انه لايرجع واليه اشار شمس الائمة (ولو اودع عند عبد محجور) لان العبد المأذون بأخذ الوديعة يضمن فى الحال اتفاقا (شيئا فاتلفه) اى اتلف العبد ذلك الشئ (ضمنه بعد عتقه) عند الطرفين (وان) اودع (عند صبى) يعقل (فاتلفه فلاضمان اصلا) لاحالا ولابعد البلوغ عند الطرفين لان المالك استحفظه من ليس باهل التزام الحفظ اما الصبى فلايصح التزامه اصلا فصار المالك كانه اذنه باتلافه واما العبد فالتزامه لم يصح فى حق المولى نظرا فلا يضمن فى الحال وصح فى حق نفسه لكونه مكلفا فيضمن بعد العتق كامر (وقال ابو يوسف يضمنان) اى العبد والصبى (للحال) فيباع العبد فيه لان محجور يتهما فى الاقوال فقط ولهذا لواستهلكا عينا قبل الايداع يضمنان هذا باتلافهما امالوا تلفت فى ايديهما لايضمنان اتفاقا ولواتلفا ما اودع عند الاب والمولى يضمنان اتفاقا وانما قلنا عند صبى يعقل لانه اذا كان لايعقل لايضمن اتفاقا كذا ذكره فخر الاسلام وغيره وفى المحيط ظن بعض مشايخنا ان الخلاف فى صبى يعقل وليس الامر كما ظنوا بل الخلاف فى كل واحد وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة كما فى شرح المجمع (وان دفع العبد الوديعة الى مثله) اى الى عبد محجور (فهلكت) عند الثانى (ضمن الاول) اى وللمالك ان يضمن العبد الدافع (بعد العتق) فلايضمن الثانى عند الامام لانه مودع المودع (وعند ابى يوسف يضمن ايهما شاء للحال) اى يخير المالك فى التضمين لان الاول متلف بالدفع والثانى متعد بقبضه بلااذن كامر آنفا (وعند محمد ان ضمن الاول فبعد العتق) لانه مع الامام فى ايداع العبد المحجور (وان ضمن الثانى فللحال) لان ضمانه ضمان فعل بقبضه ملك الغير بغير اذنه فلزمه فى الحال وفى شرح المجمع محل الخلاف اذا دفع العبد الاول الى الثانى فانه لوامر الاول الثانى بقبضه فقبضه وديعة وضاع ليس للمالك ان يضمن الاول قبل العتق اتفاقا وفى رواية عن محمد ان الثانى يضمن بعد العتق (ومن معه الف) درهم (فادعى كل) واحد (من اثنين ايداعها) اى الالف (عنده) اى عند من (فنكل) عن الحلف (لهما) اى لكل واحد منهما على الانفراد بعد ان استحلفاه (فهى) اى الالف (لهما) اى للاثنين (وضمن لهما) اى للاثنين (مثلها) اى مثل الالف لان دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شئ لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما ونكل للاخر قضى به لمن نكل له دون الاخر لوجود الحجة فى حقه دون الاخر وان نكل لهما قضى بها بينهما لعدم الاولوية ثم يجب عليه الف اخرى لاقراره لهما وللقاضى ان يبدأ بايهما شاء بالتحليف والاولى القرعة وفى التحليف للثانى يقول بالله ماهذه العين له ولاقيمتها لانه لما اقر بها للاول ثبت الحق فيها له فلايفيد اقراره بها للثانى فلو اقتصر على الاول لكان صادقا وفى البحر اوقال اودعنيها احدهما ولاادرى ايكما فان اصطلحا على اخذها بينهما فلهما ذلك ولاضمان عليه وليس له الامتناع من التسليم بعد الصلح والافان ادعاها كل واحد اخذها ليس له ذلك لان المقر له مجهول ولكل ان يستحلفه فان حلف قطع دعواهما وان نكل فكمسئلة الكتاب وكذا لوقال على الف لهذا اولهذا وفى التنوير دفع الى رجل الفا وقال ادفعها اليوم الى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن كمالوقال له احمل الوديعة فقال افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم قال المودع ادفع الوديعة الى فلان فقال دفعت وكذبه فلان وضاعت الوديعة صدق المودع مع يمينه قال لاادرى كيف ذهبت لايضمن على الاصح كمالو قال ذهبت ولاادرى كيف ذهبت وفى المنح قال لاادرى دفنت فى دارى اوفى موضع آخر يضمن ولو لم يبين مكان الدفن لكنه سرقت الوديعة من المكان المدفون فيه لايضمن وفى العدة اذا دفن الوديعة فى الارض ان جعل هنالك علامة لايضمن

والاصح ان في المفازة يضمن مطلقا والله اعلم ﴿ كتاب العارية ﴾ اخرها عن الوديعة لان فيها تمليكا وان اشتركا في الامانة هي مأخوذة من العرية وهي العطية المخصوصة بالاعيان ومستعملة في تلك المنافع ورده المطرزي وغيره بالمشتقات استعاره منه فاعاره واستعاره الشئ على حذف من وقيل هي منسوبة الى العار لان طلبها عيب وعار على ماقال الجوهري وابن الاثير والراغب وغيره بان العار يائي والعارية واوية على ماصرحوا انفسهم به وفي المغرب انها منسوبة الى العارة اسم من الاعارة وفي النهاية ان مافي المغرب هو المعول عليه لانه عليه الصلاة والسلام باشر الاستعارة فلو كان العار في طلبها لما باشرها وقيل هي في الاصل اسم موضع بلا نسبة كالدري و الكرسي وهي من التعاور وهو التناوب بلا تشديد فكانه يجعله للغير نوبة ولنفسه نوبة وقيل هي اسم العين المعار لغة وشريعة (هي) اي العارية بمعنى الاعارة لا للعارية التي هي اسم لما اعير والا لم يصح حمل التمليك عليه (تمليك منفعة) من عين مع بقائها احتراز عن قرض نحو الدراهم وعن البيع والهبة (بلا بدل) احتراز عن الاجارة وقال الكرخي هي اباحة الانتفاع بملك الغير لا تمليك المنفعة وهو قول الشافعي لانها تنعقد بلفظ الاباحة وتبطل بالنهي والتمليك لايبطل به كالهبة والاجارة ولان المستعير لايملك الاجارة من غيره ومن ملك المنافع ملك اجارتها ولان التمليك غير جائز مع الجهل بخلاف الاباحة اذ فيها لايشترط ضرب المدة ولنا ان العارية تنبئ عن التمليك لكونها من العرية هي العطية من الثمار ولهذا تنعقد بلفظ التمليك وانما انعقدت بلفظ الاباحة لانها استعيرت للتمليك بلا عوض كانعقاد الاجارة بلفظة الاباحة والنهي ليس ابطالا للملك بعد ثبوته بل يمنع عن التمليك لانه دليل الرجوع والاسترداد وانما لا يملك المستعير الاجارة لما فيها من الضرر بالمعير لانه ملك المستعير المنافع على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء فلو ملك المستعير الاجارة لم يتمكن المعير من ذلك والجهل فيها ليس بمضر لعدم الافضاء الى النزاع لجواز رجوع المعير في كل ساعة ولحظة والمنافع قابلة للتمليك كما في الوصية بخدمة العبد بضرب المدة وهي مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع وانما اختلفوا في كونها مستحبة وهو قول الاكثر اوواجبة وهو قول البعض وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها مامر من التعاضد المحتاج اليه المدني بالطبع ومحاسنها النيابة عن الحق سبحانه في اجابة المضطر لانها لاتكون الا لمحتاج كالقرض فلهذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر (ولاتكون) العارية (الافيما ينتفع به مع بقاء عينه) اعلم ان الاعارة نوعان حقيقة ومجاز فالحقيقة اعارة الاعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والدار والعبد والدابة والمجاز اعارة ما لايمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه كالدراهم والدنانير وغيرهما من المكيلات والموزونات فتكون اعارة صورة وقرضا معنى وعن هذا قال (واعارة المكيل والموزون والمعدود قرض) لان الانتفاع بها انما يمكن باستهلاك عينها فاقتضى اعارتها تمليكها وذلك يكون بالهبة اوالقرض لكونه ادنى ضررا لانه يوجب رد المثل (الا ان عين انتفاعا يمكن رد العين بعده) اي بعد الانتفاع كما لو استعار دراهم ليعاير بها ميزانا اوليزين بها دكانا صارت عارية لاقرضا (وتصح) العارية (باعرتك) اي جعلتها عارية لك لكونه صريحا فيها لكن في المضمرات ان اركانها الايجاب والقبول وشرطها القبض (ومنحتك) هذا الثوب بمعنى اعطيتك لان هذا اذا اضيف الى ماينتفع به مع بقاء عينه فهو عارية اذا اصله اعطاء الشئ لاخر لينتفع به اياما ثم يرده فروعي اصله واذا اضيف الى مالاينتفع به مع بقاء عينه فهو هبة كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب (واطعمتك ارضي هذه) لان الطعام اذا قارن الى مايطعم عينه كالبر يراد به تمليك عينه واذا قارن الى مالايطعم كالارض يراد به اخذ غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال (وحملتك على دابتي هذه) لانه يقال في العرف حمل فلان فلانا على دابته اذا اعاره اياها واذا وهبه

ايها فاذا نوى احدهما صحت نيته واذا لم ينو حمل على الادنى لئلا يلزم الاعلى بالشك ولان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية وفي الدرر وشرح المجمع كلام تتبع (واخدمتك عبدى) لانه اذن له في الاستخدام وهو العارية (اذا لم يرد به الهبة) اى بكل من الاطعام والحمل والاخدام (الهبة) فاذا نوى احدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى كما مر (ودارى لك سكنى) اى من جهة السكنى لان دارى مبتدأ ولك خبره وسكنى تمييز عن النسبة الى المخاطب لان قوله لك يحتمل تمليك العين والمنفعة وقوله سكنى محكم في المنفعة وهو معين للثانى بحكم التفسير فيكون عارية (او) دارى لك (عمرى سكنى) فعمرى مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره اعمرتها لك عمرى والعمرى جعل الدار لاحد مدة عمره وسكنى تمييز وتخصيص للتنصيص على العارية (وللمعير الرجوع فيها) اى في العارية المطلقة او المقيدة (متى شاء) لعدم لزومها هذا اذا لم ينقلب اجارة و الا فلا يرجع كما اذا استعار امة لترضع ابنه فارضعته فلما صار الصبى لا يأخذ ثدى غيرها فانه لا يسترد وعليه اجر مثل خادمته الى ان يفطم وكذا واستعار من رجل فرسا ليغزو عليه فاعاره اياه اربعة اشهر ثم لقيه بعد شهرين في بلاد المسلمين فاراد اخذه كان له ذلك وان لقيه في بلاد المشرك في موضع لا يقدر على الكراء والشراء كان للمستعير ان لا يدفعه اليه لان هذا ضرر بين وعلى المستعير اجر مثل الفرس من الموضع الذى طلب صاحبه الى ادنى الموضع الذى يجد فيه كراء اوشراء (ولو هلكت) العارية (بلا تعد) من المستعير (فلا ضمان) ولو يشرط الضمان فانه شرط باطل كما في المحيط وفي التبيين والعارية اذا اشترط فيها الضمان يضمن عندنا في رواية وصاحب الجوهرة جزم بان العارية تصير مضمونة بشرط الضمان ولم يفصل في رواية وفي البزازية اعرنى هذا على انه ان ضاع فانا ضامن وضاع لم يضمن انتهى وهذا اذا لم يتبين انها مستحقة للغير فان ظهر استحقاقها ضمنها ولا رجوع له على المعير لانه متبرع وللمستحق ان يضمن المعير واذا ضمنه لا رجوع له على المستعير ولا يملك والد الصغير اعارة مال ولده والعبد المأذون يملك ان يعير والمرأة اذا اعارت شيئا من ملك الزوج فهلك ان كان شيئا داخل البيت وما يكون في ايديهن عادة فلا ضمان على احد اما في الفرس والثور فيضمن المستعير او المرأة كما في البحر وقال الشافعى واحمد يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مضمونة ولانه قبض لنفسه فصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولانها امانة في يده سواء هلكت من استعماله اولا وما روياه محمول على ضمان الرد (ولا تؤجر) العارية لانها دون الاجارة والشئ لا يستتبع فوقه (ولا ترهن) لان الرهن ايفاء وليس له ان يوفى دينه بمال غيره بغير اذنه وله ان يودع على المفتى به وهو المختار وصحح بعضهم عدمه كما في المنح (كالوديعة) اى كما لا تؤجر ولا ترهن الوديعة لانها امانة فلا يجوز التصرف فيها (فان آجرها) اى آجر المستعير العارية (فتلفت) اى هلكت (العارية ضمن ايهما شاء) اى المعير مخير ان شاء يضمن المستعير لانه صار غاصبا بتعديه او يضمن المستأجر لانه قبض ملك المعير بغير اذنه (فان ضمن) اى المعير (المؤجر) اى المستعير (لا يرجع بما غرمه (على احد) لانه بالضمان تبين انه آجر ملك نفسه ويتصدق بالاجرة عندهما خلافا لابى يوسف (وان ضمن المستأجر رجع على المؤجر) اى المستعير (ان لم يعلم) المستأجر (انه) اى ان ما استأجره (عارية) عند موجره وهو المستعير لكونه مغرورا من جهة موجره قيد به لانه ان علم لا يرجع لان المؤجر حينئذ لم يكن منه غرور وصار كالمستأجر من الغاصب اذا كان عالما بالغصب (وله) اى للمستعير (ان يعير) ما استعاره اذا كان (ما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة) والاستخدام والسكنى والزراعة وان شرط المالك ان ينتفع هو بنفسه لان التقييد فيما لا يختلف

غير مقيد بخلافا للشافعي لان العارية اباحة المنافع عنده فلا يملك اباحتها غيره وانما انها تمليك المنافع فيملك ان يعيرها كامر (لا مايختلف) باختلاف المستعمل (كالركوب) اى ركوب الدابة ولبس الثوب (ان عين) المعير (مستعملا) لان المعير رضي بذلك المعين دون غيره لان ركوب العسكري لايكون كركوب السوقي ولبس القصاب ليس كلبس البزاز (وان لم يعين) المعير مستعملا (جاز ايضا) كما يجوز ان يعير مالايختلف باختلاف الاستعمال لانه تكون الاعارة مطلقة حينئذ (ما لم يتعين) المنتفع بفعل المستعير (فان تعين) المنتفع بفعله (لايجوز له) ان يعيره وفرعه بقوله (فلو ركب هو) اي المستعير (ليس له) اى المستعير (اركاب غيره وان اركب) المستعير (غيره فليس له ان يركب هو) يعني من استعار دابة مطلقا كان له ان يحمل او يعير غيره للحمل ويركب بنفسه او يركب غيره وايا فعل من الحمل او حمل الغير ومن الركوب او الاركاب فقد تعين العمل فليس بعد حمله ان يحمل غيره ولا عكس هذا والاضمن وكذا حكم الاركاب بعد الركوب وعكسه لتعين الركوب في الاول والاركاب في الثاني وهذا الذي ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام كما في العناية (وان قيدت) الاعارة (بنوع او وقت) اى قيد المعير العارية بنوع من الانتفاع بان شرط ان ينتفع هو بنفسه او فلان معين او قيدها بوقت معين بشهر او جمعة مثلا (او بهما) اى قيدها بالنوع والوقت جميعا (ضمن) المستعير (بالخلاف) في واحد منها (الى شر فقط) فلم يضمن بالخلاف الى مثل او خير كما اذا قال له احمل على هذه الدابة هذه الحنطة كان له ان يحمل عليها مثلها او دونها في الضرر كما له مثل الحنطة شعيرا لان الاذن بالشيء اذن بما يساويه وبما هو خير منه وهذا استحسان والقياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لاتعتبر المنفعة والضرر بخلاف ما لو قال احمل عليها عشرة اقفزة شعير فحمل عليها عشرة اقفزة بر لان المعير لم يرض بالشيء الثقيل فيضمن لوجود التعدي (وان اطلق) المعير الانتفاع (فيهما) اى في النوع والوقت (فله) اى المستعير (الانتفاع باى نوع شاء في اى وقت شاء) عملا بالاطلاق واختلفوا في ايداع المستعير فقال جماعة منهم الكرخي ليس له ذلك قال الباقلاني هذا القول اصح واكثرهم على ان له ذلك منهم مشايخ العراق وابو الليث وابو بكر محمد بن الفضل وبرهان الائمة قال ظهير الدين وعليه الفتوى وفي المنح وجعل الفتوى في السراجية ايضا لكن في الصيرفية ان القول بان العارية تودع اولا تودع محله ما اذا كان المستعير يملك الاعارة اما فيما لايملكها فلا يملك الايداع وان اختلفا فيما حمل على الدابة وفي مسافة الركوب والحمل او في الوقت فالقول في ذلك كله للمعير مع يمينه (وتصح اعارة الارض للبناء والغرس) اى غرس الشجر لان منفعتها معلومة وتجوز اجارتها فكذا اعارتها بل اولى لكونها تبرعا (وله) اى للمعير (ان يرجع) عن العارية بعد ان بنى المستعير او غرس (متى شاء) لانها غير لازمة (ويكلفه) اى المعير المستعير (قلعهما) اى قلع البناء والغرس عن الارض لانه شغل ارض المعير بهما فيؤمر بتفريغه الا اذا شاء ان يأخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع بخلاف ما اذا كانت لاتستضر بالقلع حيث لايجوز الترك الا باتفاقهما كما في التبيين (ولا يضمن) المعير ما نقص من البناء والغرس بسبب القلع (ان لم يوقت) العارية اذا المستعير بنى وغرس في محل كان لغيره حق الرجوع فاغتر بنفسه اعتمادا على الاطلاق من غير ان يسبق من المعير وعد (وان وقت) المعير وقتا معينا (ورجع قبله) اى قبل الوقت الذي عينه (كره له) اى المعير (ذلك) الرجوع لما فيه من خلف الوعد (وضمن) المعير للمستعير (ما نقص) من البناء والغرس (بالقلع) بان يقوم قائما غير مقلوع يعني اذا كانت قيمة البناء الى الوقت المضروب عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين رجع المستعير على المعير ثمانية دينار لان المعير غره بالتوقيت

وقال زفر لايضمن لان التوقيت والاطلاق فيها سواء لبطلان التأجيل في العواري (وقيل يضمن) المعير (قيمته) اى قيمة البناء اوالغرس ذكره الحاكم الشهيد (ويتملكه) اى المعير البناء اوالغرس الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولايضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض كما في الهداية وعن هذا قال (وللمستعير قلعه) اى البناء اوالغرس (بلا تضمين ان لم تنقص الارض به) اى بالقلع (كثيرا وعند ذلك) اى عند نقصان الارض كثيرا بالقلع (الخيار للمالك) بين ضمان نقصانهما وضمان قيمتهما لا للمستعير لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل كما في الهداية وفي المحيط يضمن المعير قيمة البناء والاشجار قائمة على الارض غير مقلوعة منقوضة وان شاء المستعير قلع غرسه وبناءه ولايضمنه اذا لم يضر بالارض وان كان القلع يضر بالارض لايقلع الا برضاء صاحبها ويضمن له قيمته مقلوعا انتهى وظاهره مع ماقبله ان القلع اذا لم يضر بالارض كان الخيار للمستعير بين قلعه وبين تضمين جميع القيمة وهو مخالف لما في المختصر والكنز حيث جعلا له تضمين مانقصه القلع لا تضمين جميع القيمة كما في المنح (وان اعارها) اى الارض (للزرع لاتؤخذ منه) اى من المستعير استحسانا لان الاضرار بالمؤمن حرام (حتى يحصد) الزرع بل تترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل كيلا تفوت منفعة ارضه مجانا (وقت) المعير (اولا) يوقت لان للزرع نهاية معلومة فكان في الترك مراعاة الحقين وايضا في القلع ابطال ملك المستعير وفي الترك تأخير حق تصرف المعير فيها والاول اشد ضررا فيصير الى الثاني (واجرة رد المستعار و) اجرة رد (المستأجر والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والموجر والمودع والمرتهن والغاصب) اما المستعار فلان رده على المستعير لانه قبض العارية لمنفعة نفسه فتكون اجرة الرد عليه واما المستأجر فلانه مقبوض لمنفعة الموجر لان الاجر سلم له فلا يكون رده واجبا على المستأجر بل على الموجر فتكون مؤنة رده عليه واما الوديعة فلان منفعة حفظها عائدة له فكانت مؤنة ردها عليه واما الرهن فلان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه واما المغصوب فلان الغاصب يجب عليه رد العين المغصوبة الى يد مالكها كما كانت فتكون عليه مؤنة ردها وفي عدة الفتاوى نفقة العبد المستعار على المستعير وكسوته على المعير (واذا رد المستعير الدابة) المستعارة (الى اصطبل ربها) اى صاحب الدابة (او) رد (العبد) المستعار (او الثوب) المستعار (الى دار مالكه بريء) عن الضمان اذا هلكت الدابة اوهلك العبد اوالثوب استحسانا والقياس ان لايبرأ لانه لم يردهم الى صاحبهم وانما ضيعهم تضييعا وهو قول الائمة الثلاثة وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف وهو المعول عليه (بخلاف الغصب والوديعة) فان الغاصب لايبرأ الا بتسليم العين المغصوبة الى المالك لانه متعد باثبات يده فيها فلا تكون ازالتها الا بالتسليم اليه حقيقة واما المودع فلا يبرأ ايضا الا بتسليم الوديعة الى مالكها لانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضي به لما اودعها عنده (وان رد المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة او مسانهة بريء) اذا هلكت قبل الوصول الى المالك لانه من عيال المستعير وله ردها بيد من في عياله (وكذا ان ردها) اى الدابة (مع اجير ربها) اى رب الدابة مشاهرة او مسانهة (او) مع (عبده) اى رب الدابة بريء عن الضمان ايضا اذا هلكت استحسانا والقياس ان لايبرأ الا بالتسليم الى صاحبها كما ذكرناه انفا هذا في زمانهم واما في زماننا فلا يبرأ الا بالتسليم الى يد صاحبها كما في الشمني (يقوم) حال من اجيره وعبده لا صفته لان الجملة نكرة (على الدابة اولا) يقوم وهو الصحيح لان الدابة وان لم تكن في يده دائما الا انها تدفع اليه في بعض الاوقات فيكون رضى المالك بدفعها اليه موجودا (بخلاف الاجنبي والاجير مياومة) فانه اذا ردها مع الاجنبي او الاجير مياومة لايبرأ

لانه لايعد من العيال فلا يرضى المالك به فيضمن ان هلكت قبل الوصول (و) بخلاف (رد شئ نفيس) كعقد اللآلى (الى دار مالكه) فانه ان هلك قبل القبض يلزم الضمان لان هذا لايعد تسامحا فى العرف (و يكتب مستعيرا الارض للزراعة قد اطعمتنى ارضك لااعرتنى) اى اذا اعيرت الارض للزراعة واراد المستعير ان يكتب كتابا يكتب انك قد اطعمتنى ارضك ولا يكتب قد اعرتنى عند الامام لان لفظ الاطعام ادل على الزراعة لان عين الارض لايطعم وانما يطعم مايحصل منها بخلاف الاعارة فيها لانها تكون للبناء (خلافا لهما) فان عندهما يكتب الاعارة لان لفظ الاعارة موضوع لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى واذا اعيرت الارض سكنى لاالزراعة يكتب انك اعرتنى ارضك بالاتفاق وفى التنوير ادعى ايصال الامانة الى مستحقها قبل قوله كالمودع ادعى الرد والوكيل والناظر سواء كان فى حيوة مستحقها او بعد موته الا فى الوكيل بقبض الدين اذا ادعى بعد موت الموكل انه قبضه ودفع له فى حيوته لم يقبل الا ببينة بخلاف الوكيل بقبض العين

﴿كتاب الهبة﴾

وجه المناسبة بين ماقبلها وبينها ظاهر لان ما قبلها تمليك المنفعة بلا عوض وهى تمليك العين كذلك وهى لغة التفضل على الغير بما ينفعه ولو غير مال كقوله تعالى يهب لمن يشاء اناثا و يهب لمن يشاء الذكور وفى العناية انها فى اللغة عبارة عن ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لى من لدنك وليا انتهى وهو يرجع الى المعنى الاول و يتعدى اما باللام نحو وهبته له وحكى ابو عمرو وهبتكه كما فى القاموس وقالوا بحذف اللام منه واما بمن نحو وهبته منك على ماجاء به من احاديث كثيرة فى الصحيح كما فى دقايق النووى فظن من المطرزى انه خطأ ومن التفتازانى انه عبارة الفقهاء كما فى القهستانى و فى الشريعة (هى تمليك عين بلا عوض) هذا تعريف للهبة المحضة العارية عن شرط العوض فان الهبة بشرط العوض بيع انتهاء فتثبت الشفعة والخيار كما سيأتى فلا ينتقض التعريف بالهبة بشرط العوض فعلى هذا لايلزم ماارتكبه صاحب الدرر واعترض بعض عليه تدبر والمراد بالعين عين المال لاالعين المطلق بقرينة التمليك المضاف اليه لان العين الذى ليس بمال لايفيد الملك وكذا المراد بالتمليك هو التمليك فى الحال لان قوله وهبت لانشاء الهبة حالا كبعت فلاحاجة الى قول من قال هى تمليك مال للحال للاحتراز عن الوصية ولان العين قد تكون مالا تدبر فخرجت عن هذا التعريف الاباحة والعارية والاجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه الدين فان عقد الهبة اسقاط وان كان بلفظ الهبة وهى امر مندوب وصنيع محمود محبوب قال صلى الله تعالى عليه وسلم تهادوا تحابوا وقبولها سنة فانه عليه الصلاة والسلام قبل هدية العبد وقال فى حديث البريرة هولها صدقة ولنا هدية وقال عليه الصلاة والسلام لو اهدى الى طعام لقبلت ولو دعيت الى كراع لاجبت واليها اى الاجابة الاشارة بقوله تعالى فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا اى سرورا مريئا اى راضيا على الاكل وهى نوعان تمليك واسقاط وعليها الاجماع كما فى الاختيار وسببها ارادة الخير للواهب دنيوى كالعوض وحسن الثناء والمحبة من الموهوب له واخروى قال الامام ابو منصور يجب على المؤمن ان يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب عليه ان يعلمه التوحيد والايمان اذ حب الدنيا رأس كل خطيئة كما فى النهاية وشرائط صحتها فى الواهب العقل والبلوغ والملك وفى الموهوب ان يكون مقبوضا غير مشاع مميزا غير مشغول وحكمها ثبوت الملك فى العين الموهوبة غير لازم وعدم صحة خيار الشرط فيها وانها لا تبطل بالشروط الفاسدة كما سيأتى وركنها هو الايجاب والقبول وعن هذا قال (وتصح) الهبة (بايجاب وقبول) على ما فى الكافى وغيره لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول وانما حنث بمجرد الايجاب فيما اذا حلف لايهب فوهب ولم يقبل لان الغرض عدم اظهار الجهود وقد وجد الاظهار لكن ذكر فى الكرمانى ان الايجاب فى الهبة عقد تام والقبول ليس

ركن كما اشار اليه فى الخلاصة وغيرها وفى المبسوط ان القبض فى الهبة كالقبول فى البيع ولذا لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر الى القبول وفى القهستانى ولعل الحق هذا فان فى التأويلات التصريح بالهبة غير لازم ولذا قال اصحابنا لو وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز انتهى لكن يمكن الجواب بان القبول كما يكون بالتصريح يكون بالدلالة فيكون اخذه قبولا دلالة (وتتم) الهبة (بالقبض الكامل) ولو كان الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به لقوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد هنا نفى الملك لا الجواز لان جوازها بدون القبض ثابت خلافا لمالك فان عنده ليس القبض بشرط الهبة قال صاحب المنح هبة الشاغل تجوز وهبة المشغول لا تجوز والاصل فى جنس هذه المسائل ان اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة مثاله وهب جرابا فيه طعام لا تجوز ولو وهب طعاما ما فى جراب جازت واشتغال الموهوب بملك غير الواهب هل يمنع تمام الهبة ذكر صاحب المحيط انه لا يمنع فانه قال اعار دارا من انسان ثم ان المستعير غصب متاعا ووضعه فى الدار ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة فى الدار وكذلك لو ان المعير هو الذى غصب المتاع ووضعه فى الدار ثم وهب المعير من المستعير كانت الهبة تامة وتمامه فيه فليراجع وفى الخانية رجل وهب دارا وسلم وفيها متاع الواهب لا تجوز لان الموهوب مشغول بما ليس بهبة فلا يصح التسليم ولو وهبت امرأة دارها من زوجها وهى ساكنة فيها وزوجها ايضا ساكن فيها جازت الهبة و يصير الزوج قابضا للدار لان المرأة ومتاعها فى يد الزوج فصح التسليم وفى الخلاصة رجل وهب لابنه الصغير دارا والدار مشغولة بمتاع الواهب جازت ولو تصدق بدار على ابنه الصغير والاب ساكنها لا تجوز عند الامام وعندهما تجوز وعليه الفتوى والمراد بالقبض الكامل فى المنقول ما هو المناسب وفى العقار ايضا ما يناسبه فاخذ مفتاح الدار الموهوبة قبض لها بخلاف ما لو وهب ثيابا فى صندوق مقفل ودفع الصندوق لا يكون قبضا فلا تتم الهبة وفى الفصولين هبة المريض تبطل بموته قبل التسليم اذ الهبة فى المرض ولو كانت وصية حتى تعتبر من الثلث لكنها هبة حقيقة فلا بد من القبض ولم يوجد (فان قبض) الموهوب (فى المجلس) اى مجلس الهبة (بلا اذن) صريح من الواهب (صح) القبض استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعى لانه تصرف فى ملك الغير ولا يجوز الا باذنه وجه الاستحسان ان القبض كالقبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض (وبعده) اى بعد المجلس اراد به بعد الافتراق (لا بد من الاذن) الصريح فلا يصح القبض بعد الافتراق بلا اذن صريح لانا اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس لان الدلالة لا تعمل بمقابلة التصريح فلهذا لو نهاه عن القبض لا يصح قبضه لا فى المجلس ولا بعده وفى القهستانى والحاصل انه اذا اذن بالقبض صريحا يصح قبضه فى المجلس وبعده ويملكه قياسا واستحسانا ولو نهى عن القبض بعد الهبة لا يصح القبض لا فى المجلس ولا بعده ولا يملكه قياسا ولو لم يأذن له بالقبض ولم ينه عنه ان قبض فى المجلس صح القبض استحسانا لا قياسا وان قبض بعد المجلس لا يصح القبض قياسا واستحسانا ولو كان الموهوب غائبا فذهب وقبض فان كان القبض باذن الواهب جاز استحسانا لا قياسا وان كان بغير اذنه لا يجوز هذا لكنه مخالف لما ذكرنا من التأويلات انتهى لكن يمكن التوفيق بان وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع اذن بالقبض دلالة فيجوز فلا مخالفة اصلا تدبر (وتنعقد) الهبة (بوهبت) اى بقوله وهبت لانه صريح وفى الفرائد قال المصنف اولا وتصح بايجاب وقبول فمال الى ان ركن الهبة الايجاب والقبول ثم قال وتنعقد بوهبت الى آخره ومال الى ان ركن الهبة الايجاب فقط كما ان صاحب الهداية فعل كذلك لكن يمكن الجواب بان المصنف بين اولا الركن فقال الايجاب والقبول ثم اراد ان يبين الفاظ الايجاب فقال وتنعقد بوهبت الخ

فلا يلزم ما قاله صاحب الفرائد تدبر (ونحلت) لكثرة استعماله فيه (واعطيت واطعمتك هذا الطعام)
لان الطعام اذا نسب الى ما يطعم عينه يكون هبة كما مر اطلقه فشمل ما اذا كان على وجه المزاح
كما فى الخلاصة وغيرها ولو قال هبنى هذا الشئ على وجه المزاح فقال وهبت وسلم اليه جاز وعن
ابن المبارك انه مر على قوم يضربون الطنبور فقال لهم هبوا هذا منى فدفعوه اليه فضرب به
الارض فكسره فقالوا ياشيخ خدعتنا انتهى وشمل ما لو قال لقوم قد وهبت جارية هذه
لاحدكم فليأخذها من شاء فاخذها رجل منهم ملكها كما فى الخانية وكذا بقوله اذنت للناس جميعا
فى ثمر نخلى من اخذ شيئا فهو له فبلغ الناس فمن اخذ شيئا يملكه كما نقله صاحب البحر عن المنتقى
ثم قال وظاهره ان من اخذ ولم تبلغه مقالة الواهب لايكون له كما لايخفى انتهى لكن يخالف لما مر
آنفا من انه لو وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز لانه مطلق سواء بلغته المقالة اولا تأمل
(وكسوتك هذا الثوب) لان الكسوة يراد بها التمليك وفى الخلاصة او دفع الى رجل ثوبا وقال البس
نفسك ففعل يكون هبة واو دفع اليه دراهم فقال الفقهاء يكون قرضا (واعمرتك هذا الشئ)
لقوله عليه الصلاة والسلام من اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده ولان العمرى تمليك
الحال فتثبت الهبة وتبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع ولذا لو شرط الرجوع صريحا تبطل
شرطه ايضا كما لو قال وهبتك هذا العبد حياتك او حياته او اعمرتك دارى هذه حياتك او اعطيتها حياتك
او وهبت هذا العبد حياتك فاذا مت فهو لى واذا مت فهو او رثتى فهذا تمليك صحيح وشرطه
باطل (وجعلته لك عمرى) لان اللام فيه للتمليك فصار كانه قال ملكتك هذا الشئ الى اخر عمرك
(ودارى لك) حال كونها (هبة تسكنها) لان اللام فى لك للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها
مشورة وتنبيه على المقصود وليس بتقدير فصار نظير قوله هذا الطعام لك تأكله (و بنيتها)
اى بنية الهبة (فى حملتك على هذه الدابة) لان الحمل يستعمل فى الهبة مجازا فيحمل عليها عند
النية كما مر فى العارية (وان قال دارى لك) حال كونها (هبة سكنى) لام ان سكنى تمييز فيصير
تفسيرا لما قبله لكونه محكما فى تمليك المنفعة فتكون عارية (او) دارى لك حال كونها (سكنى هبة)
لان فى هذا تمليك منفعة (او) دارى لك حال كونها (نحلى) على زون حبلى العطية (سكنى)
فتقديره نحلتها نحلة سكنى فسكنى يرفع الابهام (او) دارى لك حال كونها (سكنى صدقة) فسكنى
يقرر تمليك المنفعة (او) دارى لك حال كونها (صدقة عارية) لان العارية تمييز فيصير تفسيرا
لما قبله (او) دارى (عارية هبة) اى دارى لك بطريق العارية حال كون منافعها هبة لك
لان قول العارية صريح فى تمليك المنفعة (فعارية) اى فجميع هذه العبارات تكون عارية لاهبة
(وتصح هبة مشاع لايحتمل القسمة) اى ليس من شانه ان يقسم بمعنى لايبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا
كعبد ودابة اولايبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير
والحمام (لا) اى لاتصح هبة (ما) اى مشاع (يحتملها) اى القسمة وعلى وجه ينتفع به بعد القسمة
كما قبلها كالارض والثوب والدار ونحو ذلك واو كانت الهبة لشريك الواهب لان القبض فى الهبة
منصوص عليه فيشترط كماله والمشاع لايقبل القبض الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب فلم يوجد
القبض الكامل فاكتفى بالقبض القاصر ضرورة ولايجوز فيما يحتمل القسمة خلافا للبيع فانه جائز فيهما
وقالت الائمة الثلاثة الهبة عقد تمليك فيجوز فى المشاع وغيره كالبيع بانواعه واراد المصنف
بالشيوع المانع الشيوع المقارن للعقد لا الطارى كان يرجع الواهب فى بعض الهبة شايعا فانه
لايفسدها اما الاستحقاق فيفسد الكل لانه مقارن لا طار قيد بالهبة لان الرهن يبطله الشيوع
الطارى كالمقارن كما فى البحر وفى الدرر اعتراض على صدر الشريعة فى هذا المحل فليراجع
(فان قسم) اى افرز الجزء الموهوب المشاع (وسلم) الى الموهوب له (صح) العقد لحصول الشرط

بعد رفع الشيوع وهو كمال الشيوع ولو سلمه شايعا حتى لاينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب كما فى الدرر وفى المنح وهبة المشاع اذا فسدت لاتفيد الملك وان قبض الجملة روى ذلك عن ابى يوسف وهو الصحيح وفى الخلاصة الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض ولايثبت الملك للموهوب له بالقبض هو المختار وفى جامع الفصولين والبزازية ان الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى فقد اختلف التصحيح لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما افاده فى بعض المعتبرات (ولاتصح هبة دقيق فى بر و) هبة (دهن فى سمسم وسمن فى لبن وان) وصلية (طحن البر واستخرج) الدهن من السمسم والسمن من اللبن (وسلم) لان الموهوب معدوم وقت الهبة والمعدوم ليس بمحل للملك بخلاف المشاع اذ هو محل له حيث كان موجودا وقت العقد الا انه يتوقف على القسمة والتسليم وذلك لاينافى العقد (وهبة لبن فى ضرع وصوف على غنم ونخل وزرع فى ارض وتمر فى نخل كهبة المشاع) لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشايع حتى اذا فصلت هذه الاشياء عن ملك الواهب وسلمت صحت بخلاف مالو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة لاتجوز لان فى وجوده احتمالا فصار كالمعدوم وفى الكافى لو وهب زرعا فى ارض وثمرا فى شجر وامره بالحصاد والجذاذ جاز استحسانا ويجعل كأنه وهبه بعد الحصاد والجذاذ (وهبة شئ هو فى يد الموهوب له تتم بلا تجديد قبض) لتحقق شرط الهبة وهو القبض لان القبض الواجب بالهبة قبض امانة فينوب عنه كل قبض بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض فيه مضمون فلا ينوب عنه قبض امانة فيلزم قبض جديد وفى اطلاقه شامل لما اذا كانت فى يده امانة او مضمونة واو وديعة كانه بعد الهبة لم يكن عاملا للمالك فاعتبرت يد الحقيقة (وهبة الاب لطفله تتم بالعقد) لانه فى قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه (ان كان الموهوب فى يد الاب) فلا يحتاج الى قبض جديد سواء كان فى عياله او لا لكن يلزم الاشهاد عليه للاحتياط والتحرز عن جحود سائر اورثة بعد موته (او) فى (يد مودعه) لان يد المودع كيد المالك (لا ان كان) الموهوب (فى يد غاصب) اى لو غصب عبده مثلا غاصب فوهب لابنه الصغير وهو فى يد الغاصب لاتتم الهبة بمجرد العقد لانه ليس فى يد الاب حقيقة وحكما لكونه مضمونا والضمان انما يكون بتفويت اليد (او) فى يد (مبتاع بيعا فاسدا) اى لو باعه بيعا فاسدا وسلمه ثم وهبه لابنه الصغير لاتجوز (او) فى يد (متهب) معناه او وهب لاخر بلا عوض ثم وهبه لابنه الصغير لاتجوز وهو ظاهر لكن فى عامة المعتبرات او فى يد مرتهن مكان متهب يعنى لو رهن لآخر ثم وهب لطفله لاتتم الهبة بمجرد العقد تتبع (والصدقة فى ذلك كالهبة) والمراد من الصدقة هنا التصدق لابنه فقط والا يلزم التكرار لان المصنف ذكر مطلقا الصدقة فى آخر هذا الكتاب فعلى هذا تفسير صاحب الفرائد فى هذا المحل مطلقا ليس بشئ تتبع (والام كالاب) فى ان هبتها لطفلها تتم بالعقد (عند غيبته) اى الاب (غيبة منقطعة) وتفسيرها تقدم فى باب الاولياء (او موته) اى الاب (وعدم وصيه ان كان الطفل فى عيالها) لان للام ولاية الحفظ اذا كان فى حجرها لكن بشرط غيبة الاب غيبة منقطعة او موته وعدم وصيه لانه عند حضور الاب او الوصى لا يكون للام ذلك واو فى حجرها (وكذا كل من يعول الطفل) كالعم والاخ لان هذا محض نفع للطفل ولانه لما كان له تأديبه وتسليمه فى حرفة كان له التصرف النافع بتمليكه بمجرد الهبة اذا كان فى يده كما فى الاب عند عدم الاب (وهبة الاجنبى له) اى للطفل (تتم بقبضه) اى بقبض الطفل (ولو) كان (عاقلا) اى مميزا يعقل التحصيل ولو كان ابوه حيا لانه فى التصرف النافع يلحق بالبالغ العاقل وفى البحر من وهب لصغير يعبر عن نفسه شيئا فرده يصح كما يصح قبوله وفى السراجية من وهب للصغير شيئا له ان يرجع فيه وليس للاب التعويض من مال الصغير وفى الخانية ويبيع القاضى ما وهب للصغير حتى لايرجع الواهب فى هبته (وتتم) ايضا

(بقبض ابنه) حال صغره (اوجده اووصى احدهما) اى بقبض وصى الاب اووصى الجد الصحيح سواء كان الصغير فى حجرهم اولا لان لهؤلاء ولاية على اليتيم اما الاب فظاهر واما غيره من الجد اوالوصى فلقيامهم مقام الاب (او) بقبض (امه ان) كان الطفل (فى حجرها) لما مر وفى الخلاصة ويباح للوالدين ان يأكلا من المأكول الموهوب للصغير فافاد ان غير المأكول لايباح لهما الا عند الاحتياج واشار الى ما علم ان ما وهب للصغير يكون ملكا له اما لواتخذ الاب وليمة للختان فاهدى الناس هدايا ووضعوا بين يدى الولد فان كانت الهبة تصلح للصبى مثل ثياب الصبيان اوبشئ يستعمله الصبيان فالهدية للصبى والا ينظر ان كان من اقرباء الاب ومعارفه فهو للاب وان كان من اقرباء الام اومعارفها فهو للام سواء كان المهدى يقول عند الهدية هذا للصبى ام لا وهذا اذا لم يقل للمهدى هذا له اولها وكذا لواتخذ الوليمة لزفاف بنته كما مر وفى السراجية وينبغى ان يعدل بين اولاده فى العطايا والعدل عند ابى يوسف ان يعطيهم على السواء هو المختار كما فى الخلاصة وعند محمد ان يعطيهم على سبيل الموارث وان كان بعض اولاده مشتغلا بالعلم دون الكسب لابأس بان يفضله على غيره وعلى جواب المتأخرين لابأس بان يعطى من اولاده من كان عالما متأدبا ولايعطى منهم من كان فاسقا فاجرا (او) بقبض (اجنبى يربيه) وبحجره لان له عليه يدا معتبرة حتى لايتمكن اجنبى آخر ان ينزعه من يده فيملك النفع فى حقه (او) تم (بقبض زوج الطفلة لها) اى للطفلة (ولو) وصلية (مع حضرة الاب بعد الزفاف) اى بعد ان زفت الصغيرة اليه فى الصحيح لان الاب اقامه مقام نفسه فى حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب ايضا صح لان الولاية له واشتراط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف (لاقبله) اى لايصح قبض الزوج قبل الزفاف لانه لايعولها قبله ولايشترط ان يكون ممايجامع مثلها فى الصحيح (وصح هبة اثنين لواحد دارا) لانها اسلمت جملة وقبضت جملة فلاشيوع وفيه اشعار بان هبة الاثنين للاثنين لاتجوز (لاعكسه) اى لاتصح هبة الواحد للاثنين عند الامام وزفر لان هذه هبة النصف من كل واحد فثبت الشيوع والقبض فى المشاع لايتحقق بخلاف الرهن لان حكمه الحبس بالدين وهو ثابت لكل واحد منهما بكماله وقال يعقوب باشا رجل وهب من رجلين شيئا يحتمل القسمة فالهبة فاسدة وليست بباطلة عند الامام فاذا قبضا ثبت لهما الملك على قول وبه يفتى كما فى الذخيرة ويعلم من هذا ان المراد من عدم الصحة الفساد لا البطلان كما لايخفى فليتأمل انتهى (خلافا لهما) فان عندهما تصح نظرا الى انه عقد واحد فلاشيوع كما اذا رهن من رجلين وفى السراجية وهب من رجلين درهما صحيحا تجوز وعليه الفتوى لانها هبة مشاع لايقسم وانما قيدنا بالصحيح لان المغشوش فى حكم العروض فيكون ممايقسم فلاتصح هبته للرجلين للشيوع (وصح تصدق عشرة) دراهم (على فقيرين وهبتها) اى هبة عشرة دراهم (لهما) اى لفقيرين (ولايصحان) اى لايصح التصدق بعشرة ولاهبتها (لغنيين) هذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة وفرق بين الهبة والصدقة فى الحكم حيث اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة والجامع بينهما ان كلا منهما تمليك بلاعوض فجازت الاستعارة والفرق ان الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين ولهذا لواوصى ثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله وهو معلوم ولواوصى له للاغنياء غير معينين لايجوز وفى الاصل سوى بينهما فوجب ان يمنع فى البابين فكان فى المسئلة روايتان وقيل المراد بالصدقة المذكورة فى الاصل الصدقة على غنيين فلامخالفة بين الروايتين وهذا كله على قول الامام (خلافا لهما) فان عندهما الهبة من شخص جائزة فالصدقة اولى

﴿باب الرجوع فيها﴾ اى فى الهبة قدذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقديمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك فى باب على حدة فقال (يصح الرجوع فيها) اى فى الهبة بعد القبض ولوم اسقاط حقه من الرجوع فى الهبة بان قال اسقطت حقى من الرجوع (كلا او بعضا) مالم يمنع مانع من الموانع الاتية وعند الائمة الثلاثة لايصح الرجوع فى الهبة الا للوالد فيما وهب اولاده لقوله عليه الصلاة والسلام لايرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يعطى لولده والعائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه وفى رواية لايحل لواهب ان يرجع فى هبته ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبته مالم يثب عنها اى مالم يعوض والمراد به بعد التسليم لانها لاتكون هبة حقيقة قبله فلهذا قيدنا بعد القبض وتأويل مارواه ان الواهب لايستبد بالرجوع من غير تراض ولا حكم حاكم الا الوالد فان له ان يأخذ من ابنه عند الحاجة من غير رضاء ولاقضاء كسائر اموال ابنه (ويكره) اى الرجوع تحريما لان الامام الزاهدى قد وصف الرجوع بالقبح وكذا الحدادى وكثير من الشارحين ولايقال للمكروه تنزيها قبيح لانه من قبيل المباح او قريب منه كما فى المنح (ويمنع منه) اى من الرجوع (حروف دمع خزقة) اخذها من بيت شعر قيل فيه وهو قوله * ومانع عن الرجوع فى الهبة * ياصاحبى حروف دمع خزقة * وفى خزانة الفقه اثنى عشر ينقطع به حق الرجوع اذا كان الموهوب له ذا رحم محرم منه او كانت زوجته او كان زوجها او كان اجنبيا وعوضها وقال خذ هذا عوض هبتك او بدلا عنها او جزاء عنها او مكافاة عنها او فى مقابلها او مات احدهما او خرج عن ملكه او زاد فيها زيادة متصلة بان كان عبدا صغيرا فكبر او كان مهزولا فسمن او كان ارضا فبنى فيها او كان ثوبا فخاطه او صبغه صبغا يزيد او غيره بان كان حنطة فطحنها او دقيقا فخبزه او سويقا فلته بسمن او كان لبنا فاتخذه جبنا او سمنا او اقطا او كانت جارية فعلمها القرأن والكتابة والمشط تسعة اشياء لاينقطع به حق الرجوع اذا ازدادت قيمته او ولدت الموهوبة يرجع فى الام دون الولد او اثمرت الشجرة يرجع فى الشجر دون الثمر او كان ثوبا فقطعه ولم يخطه او كان دارا فانهدم شئ منها او وهب لبنى عمه او فى مرضه لورثته ثم مات الواهب عقبه فلورثته الرجوع فيه او وهب لاخيه ولاجنبى عبدا يرجع فى نصيب الاجنبى او استحق العوض يرجع فى الهبة او استحق الهبة يرجع فى العوض انتهى ثم شرع ان يبين ذلك بالفاء التفصيلية بقوله (فالدال) من هذه الحروف (الزيادة المتصلة) بالموهوب (كالبناء) على الارض اذا كان يوجب زيادة فى الارض وان كان لايوجب لايمنع الرجوع وان كان يوجب فى قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لايعد مثله زيادة فيها كلها امتنع من تلك القطعة دون غيرها كما فى التبيين وفى السراجية اذا وهب ارضا فبنى الموهوب له فيها بناء بطل الرجوع ولو زال عاد حق الرجوع (والغرس) وفى المنح رجل وهب لرجل ارضا بيضاء انبت فى ناحية منها نخلا او بنى فيها بيتا او دكانا كان ذلك زيادة فيها وليس له ان يرجع فى شئ منها (والسمن) بان كان الموهوب هزالا فسمن عند الموهوب له واحترز بالمتصلة عن الزيادة المنفصلة وعن هذا قال (لا المنفصلة) كالولد والارش والعقر فانه يرجع فى الاصل دون الزيادة قيد بالزيادة لان النقصان كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب او لا غير مانع لما فى التبيين من انه لايرجع فى الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغنى ولدها فاذا حبلت ولم تلد فللواهب الرجوع فيها لانه نقصان انتهى لكن يخالف ما فى السراج من انه لو وهب له جارية فحبلت فى يد الموهوب له فاراد الرجوع فيها قبل انفصال الولد لم يكن له ذلك لانها متصلة بزيادة لم تكن موهوبة تبع ثم المراد بالاتصال هو ان يكون فى نفس الموهوب شئ يوجب زيادة فى القيمة كما فى المذكورة فى المتن وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث السعر فله الرجوع لانه لازيادة للعين وكذا

اذازاد فی نفسه من غیر ان یزید فی القیمة کما اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان فی الحقیقة فلا یمنع الرجوع ولونقله من مکان الی مکان حتی اذا زادت قیمته واحتاج فیه الی مؤنة النقل عندهما ینقطع الرجوع خلافا لابی یوسف واووهب عبدا کافرا فاسلم فی ید الموهوب له اووهب عبدا حلال الدم فعفا ولی الجنایة وهو فی ید الموهوب له لایرجع ولوکانت الجنایة خطأ ففداه الموهوب له لایمنع الرجوع ولایسترد منه الفداء واوعلم الموهوب له العبد القرآن اوالکتابة اوالصنعة لم یمنع الرجوع لان هذه لیست زیادة فی العین فاشبهت الزیادة فی السعر وفیه خلاف زفر وروی الخلاف فی العکس واواختلفا فی الزیادة فالقول للواهب لانه ینکر لزوم العقد کما فی التبیین وشرح الکنز للعینی وفی الخانیة ولوعلمه القرآن والکتابة اوالقراءة اوکانت اعجمیة فعلمها الکلام اوشیئا من الحروف لایرجع الواهب فی هبته لحدوث الزیادة فی العین انتهی هذا یخالف مافی التبیین کما فی المنح وفیه کلام لان صاحب التبیین اشار الیها والی مافی الخانیة فقال ویروی الخلاف فی العکس تدبر واوان مریضا وهب لرجل جاریة فوطئها الموهوب له ثم مات الواهب وعلیه دین مستغرق ترد الهبة ویجب علی الموهوب له العقر هو المختار (والمیم موت احد العاقدین) اماموت موهوب له فلخروج الموهوب عن ملکه وانتقاله الی وارثه واماموت الواهب فلتعذر الرجوع عنه والوارث لیس بواهب والنص فی حق الواهب هذا اذا کان بعد التسلیم لانه قبل التسلیم بطلت لعدم الملک ورجوع المستأمن الی دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها کالموت فان کان الحربی اذن لمسلم فی قبضه وقبضه بعد رجوعه الی دار الحرب جاز استحسانا (والعین العوض المضاف الیها) ای الی الهبة (اذاقبض) الواهب العوض وفسره بقوله (نحو خذ هذا عوضا عن هبتک اوبدلا عنها) ای عن هبتک (او) خذه (فی مقابلتها) ای مقابلة الهبة لان الشرط فی کونه عوضا ان یذکر لفظا یعلم الواهب انه عوض (واو) وصلیة (کان) التعویض (من اجنبی) ای جاز العوض من اجنبی وسقط حق الواهب فی الرجوع فی الهبة اذاقبض العوض لان العوض لاسقاط الحق فیصح من الاجنبی کبدل الخلع واوکان التعویض بغیر اذن الموهوب له ولارجوع للمعوض علی موهوب له (واوکان شریکه) سواء کان باذنه اولا لان التعویض لیس بواجب علیه فصار کالوامره ان یتبرع لانسان الا اذا قال علی انی ضامن (فلولم یضف) ای لم یقل الموهوب له خذ عوض هبتک یکون فعله هبة مبتدأة لاتعویضا فیشترط فیه مایشترط فی الهبة من القبض (فلکل) واحد منهما (ان یرجع فیما وهب) وفی المبسوط هذا سواء کانت الهبة شیئا قلیلا اوکثیرا وسواء کان العوض من جنسها اومن غیر جنسها لانها لیست بمعاوضة محضة حتی یتحقق فیها الربوا وانما هی لقطع الرجوع (والخاء الخروج) ای خروج العین الموهوبة (عن ملک الموهوب له) بسبب من اسباب الملک کالبیع والهبة فان تبدل الملک کتبدل العین فلوضحی الشاة الموهوبة اونذر التصدق بها وصارت لحما لایمنع الرجوع عند الطرفین خلافا لابی یوسف (والزاء الزوجیة) ای الزوجیة مانعة من الرجوع لان المقصود فیها الصلة ای الاحسان کما فی القرابة (وقت الهبة فله) ای للواهب (الرجوع اووهب ثم نکح) لانها لم تکن زوجة وقت الهبة (لا) یرجع (اووهب ثم ابان) اوجود الزوجیة المانعة وقت الهبة (والقاف القرابة) لان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفی الرجوع قطیعة الرحم فلایرجع سواء کان القریب مسلما اوکافرا ثم فسر القرابة بقوله (فلارجوع فیما وهب لذی رحم محرم) من الواهب وان وهب لمحرم بلا رحم کاخیه من الرضاع وامهات النساء والربائب وازواج البنین والبنات لایمنع الرجوع وقید بالمحرم لان الرحم بلا محرم کابن عمه لایمنع الرجوع واووهب لعبد اخیه اولاخیه وهو عبد لاجنبی فانه یرجع فیها عند الامام وقالا لایرجع فی الاولی ویرجع فی الثانیة ولوکانا ای العبد ومولاه ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فیها ای فی الهبة

للواهب اتفاقا على الاصح (والهاء هلاك الموهوب) فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك
اذ هو غير مضمون عليه (والقول فيه) اى فى الهلاك (قول الموهوب له) لانه منكر لوجوب الرد
عليه فاشبه المودع وفى الخلاصة لوقال الموهوب له هلكت فالقول قوله ولا يمين عليه وان قال
الواهب هى هذه حلف المنكر انها ليست هذه كما يحلف الواهب ان الموهوب له ليس باخيه اذا
ادعى الاخ عليه ذلك كما فى المنح (وفى الزيادة قول الواهب) اى لو ادعى الموهوب له ازدياد ما فى يده
زيادة متصلة وانكرها الواهب فيكون القول له خلافا لزفر (ولو عوض) الموهوب له (فاستحق
نصف الهبة رجع بنصف العوض) لان نصف العوض عوض عن نصف الهبة فلما لم يسلم له
نصف الهبة يرجع بنصف العرض كما فى البيع (وان استحق نصف العوض لا يرجع) الواهب
(بشئ حتى يرد باقيه) اى باقى العوض لان العوض ليس ببدل حقيقة بدليل انه يجوز ان يعوضه
اقل من جنسه فى المقدرات ولو كان معاوضة لما جاز للربا وانما اعطاه ليسقط حقه فى الرجوع
كامر آنفا الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء
رضى بما بقى من العوض وان شاء رد الباقى عليه ويرجع فى الهبة خلافا لزفر اذ عنده يرجع بالنصف
اعتبارا بالموهوب (وان استحق الكل رجع بالكل فيهما) اى لو استحق كل الهبة كان للموهوب له
ان يرجع فى جميع العوض ان كان قائما وبمثله ان هالكا وهو مثلى وبقيمته ان قيميا ولو استحق
كل العوض حيث يرجع فى كل الهبة ان كانت قائمة لا ان هالكة ويشترط ان لا تزداد العين
الموهوبة فلو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع كما فى الخلاصة (ولو عوض عن نصفها)
اى الهبة (فله) اى للواهب (ان يرجع بما لم يعوض) لان المانع قد خص النصف غاية ما فيه
انه يلزم منه الشيوع فى الهبة لكنه طار فلا يضره وفى المنح نقلا عن المجتبى ان العوض المانع من
الرجوع هو المشروط فى عقد الهبة اما اذا عوضه بعده فلا ولم ار من صرح به غيره وفروع المذهب
فى هذا الباب مطلقة عن هذا الشرط منها ما تقدم من ان دقيق الحنطة يصلح عوضا عنها
ومن انه لو عوضه ولد احد جاريتين موهوبتين وجد بعد الهبة فانه يمنع الرجوع وتمامه فيه
فليطالع (ولو خرج نصفها) اى نصف الهبة (عن ملكه) اى الموهوب له (فله) اى للواهب
(ان يرجع بما لم يخرج) عن ملكه لان المانع من الرجوع وهو الخروج عن ملكه لم يوجد الا فى النصف
فيقدر الامتناع بقدره ولان له الرجوع فى كل الهبة ففى النصف اولى ان يرجع اذا لم يعوض
(ولا يصح الرجوع) عن الهبة (الا بتراض) من الطرفين (او بحكم قاض) بالرجوع لولايته
على العامة ولولايتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اذ فى حصول المقصود وعدمه
خفاء لان من الجائز ان يكون المراد الثواب والتحبب وعلى هذا لا يرجع لحصول المرام ومن الجائز
ان يكون المراد العوض وعلى هذا يرجع فلا بد من الالزام والقضاء وعند الائمة الثلاثة يصح بدونهما
ثم فرعه بقوله (فلو اعتق الموهوب له) العبد الموهوب (بعد الرجوع قبل القضاء والتسليم
نفذ) اعتاقه لانه لا يخرج عن ملك الموهوب له الا بالقضاء والرضاء فيصح اعتاقه قبلها
(ولو منعه) اى منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد ان يرجع قبل القضاء او بعده
(فهلك) الموهوب فى يد الموهوب له (لا يضمن) لان يده غير مضمونة الا اذا طلبه بعد القضاء
فمنعه مع القدرة على التسليم فحينئذ يكون يده يد ضمان لمنعه بعد طلبه فظهر الفرق بين
المنع بعد الرجوع وبين المنع بعد الطلب (وهو) اى الرجوع (مع احدهما) اى مع التراضى
او قضاء القاضى (فسخ) لعقد الهبة (من الاصل) او اعادة للملك القديم (لا هبة من الموهوب له)
وعند زفر الرجوع بالتراضى عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة ولنا ان عقد الهبة وقع جائزا
موجبا لحق الفسخ فاذا رجع الواهب كان مستوفيا لحق ثابت له بالعقد لان العقد وقع غير لازم

لابتداء لعقد جديد ثم فرعه بقوله (فلا يشترط قبضه) اى الواهب لان القبض انما يعتمد فى انتقال الملك لا فى عوده الى الملك القديم (وصح) الرجوع (فى المشاع) القابل للقسمة بان وهب دارا ورجع فى نصفها ولو كان هبة مبتدأ لما صح فى المشاع القابل للقسمة (وان تلف الموهوب) عند الموهوب له (فاستحق) مستحق (فضمن الموهوب له) قيمته للمستحق (لايرجع على واهبه) بما ضمن لان العقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لان المودع عامل له و بخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضى السلامة والاعارة كالهبة هنا كما فى التنوير (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء) اى فى ابتداء العقد (فشرط القبض فى العوضين) لان القبض شرط فى الهبة لما مر وكل واحد منهما واهب من وجه (ومنعها) اى الهبة (الشيوع) فيما يحتمل القسمة (فى احدهما) اى فى احد العوضين لما مر من ان هبة المشاع (لاتصح بيع انتهاء) اى فى انتهاء العقد بعد التقابض فتثبت الشفعة اذا كان عقارا كما مر (وخيار العيب والشرط والرؤية فى كل واحد منهما) والفاء فى قوله فشرط و فى قوله فتثبت نتيجة ما قبلهما من الكلام وعند زفر والائمة الثلاثة بيع مطلقا اى ابتداء وانتهاء لانها تمليك ببدل من الابتداء فكان بيعا ولنا انه اشتمل على وجهين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فيجرى فيه احكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فيجرى فيه احكام البيع ولامنافاة بين الحكمين لان الهبة من حكمها تأخير الملك الى القبض ومن حكم البيع اللزوم وقد تنقلب الهبة البيع بالتعويض هذا اذا ذكره بكلمة على بان يقول وهبتك ذا على ان تعوضنى كذا اذ لو قال وهبتك بكذا فهو بيع اجماعا كما فى الحقايق والغاية وظاهره انه بيع ابتداء وانتهاء كما فى البحر وفيه اشعار بانه اذا كان حرف الشرط كلمة ان بان يقول وهبتك كذا ان كان كذا ينبغى ان تكون الهبة باطلة كالبيع

﴿ فصل ﴾ فى بيان احكام مسائل متفرقة

(ومن وهب امة الا حملها او) وهبها (على) شرط (ان يردها) اى يرد الموهوب له الامة (عليه) اى على الواهب (او) على (ان يعتقها او) على ان (يستولدها) اى يتخذ الامة ام ولد (صحت الهبة) فى الصور كلها (و بطل الاستثناء) لانه لايعمل الا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لاتعمل فى الحمل قصدا لان ما فى البطن ليس بمال ولا يعلم وجوده حقيقة فتصح فيهما وفى الجنين لايجوز لانه جزء منها فلا يجوز استثناؤه بخلاف الوصية لان افراد الحمل بالوصية جائز وكذا استثناؤه (و) بطل (الشرط) فى الصور الباقية لكونه مخالفا بمقتضى العقد والتمليك فيكون فاسدا والهبة لاتفسد بالشرط الفاسد كما مر (وكذا) تصح الهبة و بطل الشرط (لو وهب دارا على ان يرد) اى الموهوب له (عليه) اى على الواهب (بعضها) اى الدار (او) على ان (يعوضه شيئا منها) اى من الدار واعترض الزيلعى تبعا لصاحب النهاية على قولهم ان يعوضه شيئا منها بان المراد به اما الهبة بشرط العوض فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله و بطل الشرط و ان اراد ان يعوضه شيئا منها من عين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد شيئا منها انتهى و اجاب صاحب الدرر بان يختار الشق الاول وقوله فهى والشرط جائزان ممنوع وانما يجوز اذا كان العوض معلوما كما عرفت من المباحث السابقة وصرح به بعض شراح الهداية وكذا الحال فى الصدقة انتهى لكن ان ما جعل مبنى الجواب من كون العوض المجهول شرطا فاسدا موافق للخانية فى مسئلة هبة الارض بشرط انفاق ما يخرج منها على الواهب لكنه مخالف لما قاله التمرتاشى من انه لو وهب بشرط العوض ولم يسم العوض جاز لان الهبة تقتضى عوضا مجهولا و قد اجاب بعض الفضلاء بانا نختار الشق الثانى ولا تكرار لان فى عبارة العوض مظنة الصحة كما لا يخفى لكن الاولى ما فى شرح الكنز للعينى من انه لا يلزم التكرار اصلا لان قوله على ان يرد عليه شيئا منها

لايستلزم ان يكون عوضا لان كونه عوضا انما هو بالفاظ مخصوصة فيجوز ان يكون ردا ولا يكون عوضا لعدم الاستلزام واما قوله او يعوضه شيئا منها فصريح بالعوض ولاشك انهما متغايران (واو دبر الحمل ثم وهبها) اى الامة (فالهبة باطلة) لان المدبر يبقى على ملك الواهب الى موته فصار كهبة المشاع (بخلاف مالو اعتقه) اى الحمل (ثم وهبها) اى الامة فانه يجوز العتق فى الولد والهبة فى الامة لان الجنين لم يبق على ملك الواهب فلم يشتغل الامة غير حضانة الولد (ومن قال لمديونه اذا جاء غد فالدين لك اوقال فانت برئ منه) اى من الدين (او) قال (ان اديت الى نصفه) اى الدين (فالباقى) اى النصف الاخر (لك او) قال له (ان اديت الى نصفه فانت برئ منه) اى من النصف الباقى (فهو باطل) لان الابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه ولهذا يرتد بالرد ولايتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه فلايجوز تعليقه بالشرط فيبطل بخلاف قوله انت برئ من النصف على ان تؤدى الى النصف لانه تقييد وليس بتعليق كما فى التبيين وغيره واوقال لمديونه ان كان لى عليك دين ابرأتك عنه وله عليه دين صح الابراء لانه تعليق بشرط كائن فيكون تنجيزا ولوقالت لزوجها المريض ان مت من مرضك هذا فانت فى حل من مهرى اوقالت مهرى عليك صدقة فهو باطل لان هذه مخاطرة وتعليق ولوقال الطالب لمديونه اذامت فانا برئ من الدين الذى لى عليك جاز و يكون وصية من الطالب للمطلوب كما فى المنح (والعمرى جائزة للمعمر) بفتح الميم الثانية وهو الموهوب له (حال حيوته واورثته بعده) اى بعد وفاته لقوله عليه الصلاة والسلام من اعمر عمرى فهى للمعمرله واورثته لان المفهوم منه بطلان الشرط لانه قال عليه الصلاة والسلام ولورثته كما بيناه فى اول الكتاب ثم اشار الى تفسير العمرى بقوله (وهى ان يجعل داره له مدة عمره فاذا مات ردت الدار اليه) اى الى الواهب بطل شرط الرد بعد الموت لما مر (والرقبى) بضم الراء (باطلة فان قبضها كانت عارية فى يده) هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف تصح كالعمرى) لما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه عليه الصلاة والسلام قال العمرى جائزة لمن اعمرها والرقبى جائزة لمن ارقبها وبه قال الشافعى واحمد والجواب عنه انه مأخوذ من الارقاب معناه رقبة دارى لك جائز لكن لما احتمل الامرين لم تثبت الهبة بالشك فتكون عارية ثم اشار الى تفسيرها بقوله (وهى ان تقول ان مت قبلك فلك وان مت قبلى فلى) فيترقب كل واحد موت صاحبه وفى التنوير بعث الى امرأته متاعا وبعثت له ايضا ثم افترقا بعد الزفاف وادعى انه عارية واراد الاسترداد وارادت الاسترداد ايضا يسترد كل مااعطى لما فى فتاوى قاضى ظهير الدين من انه رجل تزوج امرأة و بعث هدايا اليها وعوضت المهر بالهدايا عوضا للهبة فاذا لم يكن ذلك هبة لم يكن ذلك عوضا وكان لكل واحد منهما ان يسترد (والصدقة كالهبة) لانها تبرع مثلها فاذا كان كذلك (لا تصح) الصدقة (بدون القبض) بل لابد من كونها مقبوضة كالهبة (ولا) تصح (فى مشاع يقسم) اى يحتمل القسمة كسهم من الدار عند الامام خلافا لهما على ماتقدم فى الهبة (ولا رجوع فيها) اى فى الصدقة بعد القبض لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض (ولو) كانت الصدقة (لغنى) استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب لكثرة عياله وفى الخانية ولواختلفا فقال الواهب كانت هبة وقال الموهوب له صدقة فالقول للواهب وفى العناية فى هذا المحل كلام وفى حاشيته للمولى سعدى جواب فليطالع (ولا) رجوع (فى الهبة لفقير) لان المقصود الثواب وقد حصل بخلاف الهبة لغنى لانها قد تكون لعوض دنيوى (ولوقال جميع مالى اومااملكه لفلان فهو هبة) لان مملوكه لايصير لغيره الا بتمليكه (وان قال ماينسب الى او ما يعرف بى لفلان فاقرار) لانه لايفهم منه التمليك وانما يفهم منه انه ملك لفلان ولكنه

منسوب الى بكونه فى يدى فيكون اقرارا وفى التنوير هبة الدين ممن عليه الدين وابراؤه يتم من غير قبول تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل الا اذا سلطه على قبضه وفى المنح نقلا عن جواهر الفتاوى المسألة عمن كتب قصة الى السلطان وسأل منه تمليك ارض محدودة فامر السلطان بالتوقيع فكتب كاتب السلطان على ظهر القصة انى جعلت الارض ملكا له هل يصير الارض ملكا له ام لا يحتاج الى القبول من السلطان فى مجلس واحد فانه تمليك يحتاج الى القبول من السلطان فى مجلس واحد قال هذا هو القياس لكن لما تعذر الوصول اليه اقيم السؤال بالقصة مقام حضوره فاذا امره بذلك واخذ منه بالتوقيع تم الملك

﴿ كتاب الاجارة ﴾

عقبه بالهبة ترقيا من الاعلى الى الادنى فان الاجارة تمليك المنافع و الهبة تمليك العين والعين اقوى وهى فى اللغة اسم للاجرة وهى ما يستحق على عمل الخير وفى القهستانى فانها وان كانت فى الاصل مصدر اجر زيد يأجر بالضم اى صار اجيرا الا انها فى الاغلب يستعمل بمعنى الايجار اذ المصدر يقام بعضها مقام البعض قيل اجرت اجارة اى اكريتها ولم يجئ من فاعل بهذا المعنى على ما هو الحق كذا فى الرضى وقال بعض اهل العربية الاجارة فعالة من المفاعلة وآجر على وزن فاعل لا افعل لان الايجار لم يجئ والمضارع يواجر واسم الفاعل المواجر وفى عين الخليل اجرت زيدا مملوكى اوجره ايجارا وفى الاساس آجر وهو موجر ولم يقل مواجر فانه غلط ومستعمل فى موضع قبيح وقد جوز صاحب الكشاف فى مقدمة الادب كون آجر الدار من باب الافعال والمفاعلة معا وفى الاصطلاح (هى) اى الاجارة (بيع منفعة) احتراز عن بيع عين (معلومة) جنسا وقدرا (بعوض) مالى او نفع من غير جنس المعقود عليه كسكنى دار بركوب دابة ولا يجوز بسكنى دار اخرى للربوا (معلوم) قدرا وصفة فى غير العروض لان جهالتهما تفضى الى المنازعة (دين) اى مثلى كالكيلى والموزونى والعددى المتقارب (اوعين) اى قيمى كالثياب والدواب وغيرهما فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح فانه استباحة المنافع بعوض لا تمليكها وفى الدرر هى تمليك نفع بعوض وانما عدل عن قولهم نفع معلوم بعوض كذلك لانه ان كان تعريفا للاجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد و بالشيوع الاصلى وان كان تعريفا للاعم لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلومية صحيحا وما اختير ههنا تعريف للاعم انتهى لكن المصنف قيد البدلين بالمعلومية فقد اخرج الاجارة الفاسدة بالجهالة عن التعريف ونبه ان المعتبر فى الشرع هى الاجارة الغير المفضية الى النزاع وجعل ذكر المعلوم توطئة لقوله الاتى والمنفعة تعلم تارة الى آخره تدبر والقياس يأبى جواز عقد الاجارة لان المعقود عليه معدوم واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح لكنه جوز لحاجة الناس اليه وقد ثبت جوازه بالكتاب والسنة وضرب من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى على ان تأجرنى ثمانى حجج وشريعة من قبلنا لازمة ما لم يظهر نسخها واما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وقوله صلى الله تعالى عليه وسلم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه و اما المعقول فلان بالناس حاجة اليه ولا مفسدة فيه وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة وفى البحر والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة فى كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها فى المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب والقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخى كما فى البيع بشرط الخيار وتمامه فيه فليطالع و بهذا يندفع اعتراض المولى سعدى على الهداية بانه لا بد ان يتأمل فى هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فامعنى الانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك تدبر ومن محاسن الاجارة دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل

احد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل يحمل اثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بشق النفس وسببها تعلق البقاء المقدر وشرطها معلومية البدلين وركنها الايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة مثل ان يقول آجرتك هذه الدار شهرا بكذا او وهبتك منافعها وتنعقد بالتعاطي كالبيع وشرطها ما تقدم من كون الاجرة والمنفعة معلومتين وحكمها وقوع الملك في البدلين ساعة فساعة كما في المنح ولا ينعقد الاجارة الطويلة بالتعاطي لان الاجرة غير معلومة قد يجعلون لكل سنة دانقا وقد يجعلون فلوسا وفي غير الطويلة الاجارة تنعقد بالتعاطي كذا في الخلاصة قلت مفاد كلامه ان الاجرة اذا كانت معلومة في الاجارة الطويلة تنعقد بالتعاطي انتهى (وما صلح ثمنا) في البيع (صلح اجرة) في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع ومراده من الثمن ما كان بدلا عن شيء فيدخل فيه الاعيان فان العين يصلح بدلا في المقايضة فتصلح اجرة وفيه اشارة الى انها لو كانت الاجرة دراهم انصرفت الى غالب نقد البلد فان كانت الغلبة مختلفة فالاجارة فاسدة ما لم يبين نقدا منها فان بين جاز والى انها لو كانت كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا فالشرط فيه بيان القدر والصفة وقوله وما صلح ثمنا صلح اجرة لا ينافي العكس حتى صلح اجرة ما لا يصلح ثمنا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا وتصلح اجرة اذا كانت مختلفة الجنس كاستيجار سكنى الدار بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا (وتفسد) الاجارة (بالشروط الفاسدة) كالبيع (ويثبت فيها) اي في الاجارة (خيار الشرط) كما يثبت في البيع (و) خيار (الرؤية) خلافا للشافعي فيهما (و) خيار (العيب) سواء كان حاصلا قبل العقد او بعده (وتقال) الاجارة (وتفسخ) كما في البيع كما سيأتي ولما ذكر في التعريف معلومية المنفعة احتاج الى ما به تكون معلومة فقال (والمنفعة تعلم تارة ببيان المدة كالسكنى) اي كاجارة الدار للسكنى (والزراعة) اي كاجارة الارض للزراعة (فتصح) اجارتهما (مدة معلومة اي مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت فافاد انها تجوز ولو كانت المدة لا يعيش احد العاقدين الى مثلها عادة واختاره الخصاف لان العبرة للفظ وانه يقتضي التوقيت كما لو تزوج امرأة الى مائة سنة فانه توقيت فيكون متعة ومنعه بعضهم لان الغالب كالمتيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها فافاد انها تجوز مضافا كما لو قال آجرتك هذه الدار غدا وللموجر بيعها اليوم وتنتقض الاجارة كما في الخلاصة وفي الخانية ولو كانت الاجارة الى الغد ثم باع من غيره فيه روايتان في رواية ليس للآجر ان يبيع قبل مجيء الوقت وفي رواية جاز والفتوى على انه يجوز البيع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيار شمس الائمة الحلواني وتمامه في المنح فليطالع وعند الشافعي في احد قوليه لا يجوز اكثر من سنة (وفي الوقف يتبع شرط الواقف) لانه كنص الشارع في وجوب الاتباع (فان لم يشترط) الواقف في اجارته مدة بل سكت عنها (فالفتوى ان لا يزاد في) اجارة (الاراضي على ثلث سنين وفي) اجارة (غيرها) اي غير الاراضي ان لا يزاد (على سنة) واحدة كيلا يدعي المستأجر ملكها وهو المختار كما في الهداية وقد افتى الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلاث في الضياع وعلى سنة في غيرها الا اذا كانت المصلحة في غيره وفي المحيط وهو المختار للفتوى فلو آجرها المتولي اكثر مما ذكر لم تصح وقيل تصح وتفسخ هذه المسئلة وما قبلها ذكرت في الوقف فالفائدة في تكرارها والحيلة في الزيادة ان يعقد عقودا متفرقة كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب ان فلان ابن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا فيكون العقد الاول لازما والباقي غير لازم لانه مضاف فللمتولي الوقف ان يفسخ الاجارة في العقود الغير اللازمة اذا خاف بطلان الوقف لعلة مذكورة بخلاف ما اذا كانت الاجارة طويلة بعقد واحد كما في الخانية وغيرها فعلى هذا يندفع اعتراض صدر الشريعة من ان علة عدم الجواز اذا كانت هذا المعنى اي دعوى الملك بمرور الزمان

لاتصح الاجارة الطويلة بعقود مختلفة كما جوزها البعض تجاوز الله عنهم انتهى وذكر صدر الاسلام
ان الحيلة فى الزيادة ان يرفع الى الحاكم حتى يجيزه واعلم ان اجارة الوقف لاتجوز الا باجرة المثل او اكثر
ولو آجر الناظر بدون اجر المثل لاتصح الاجارة ويلزم المستأجر تمام اجر المثل وفى البحر متولى ارض
الوقف آجرها بغير اجر المثل يلزم مستأجرها تمام اجر المثل عند بعض علمائنا وعليه الفتوى قيل
ان استأجر دار الوقف بمدة طويلة ان كان السعر بحالها حيث لم يزد ولم ينقص يجوز وان غلا
اجر مثلها يفسخ العقد ويجدد ثانيا وكذا اذا استأجرها الى سنة فغلا السعر بعد مضى نصف
السنة يفسخ العقد ويجب المسمى ويجدد ثانيا فيما بقى بخلاف الكرم المستأجر اياً كل ثمرته فى رأس
السنة (و) المنفعة (تارة تعلم بذكر العمل كصبغ الثوب وخياطته) اى خياطة الثوب وفيه اشارة الى
انه لابد ان يعين الثوب الذى يصبغ ولون الصبغ بانه احمر او نحوه وقدر الصبغ اذا كان مما يختلف
وجنس الخياطة والمخيط (وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة) لما فى البحر من استئجار الدابة
للركوب لابد فيه من بيان الوقت او الموضع حتى او خلا عنهما فهى فاسدة وبه يعلم فساد اجارة
دواب العلافين الواقعة فى زماننا لعدم بيان الوقت والموضع (و) المنفعة (تارة) تعلم (بالاشارة
كنقل هذا) الطعام مثلا (الى موضع كذا) لانه اذا عرف ماينقله مع موضع ينتهى اليه صار
معلوما (والاجرة) اى فى الاجارة (لاتستحق بالعقد) اى بنفس العقد فلايجب تسليمها عينا كان
او دينا عندنا لان حكم العقد يظهر عند وجود المنفعة وهى معدومة عند العقد ولذا يقام العين
مقام المنفعة فى حق اضافة العقد الى المنفعة كما يقام السفر مقام المشقة فتجب الاجرة مؤجلا موقتا
على تحقق احد الامور الآتى ذكرها وعن هذا قال (بل تستحق بالتعجيل او بشرطه) اى
بشرط التعجيل لان امتناع الملك بنفس العقد لتحقق المساواة فاذا عجل او شرط التعجيل فقد
ابطل المساواة التى هى حقه بخلاف الاجارة المضافة بشرط تعجيل الاجرة فان الشرط باطل
لامتناع ثبوت الملك من البدل للتصريح بالاضافة الى وقت فى المستقبل والمضاف الى وقت لايكون
موجودا قبله ولايتغير هذا المعنى (او باستيفاء المعقود عليه) لتحقق المساواة بينهما اذ العقد عقد
معاوضة (او التمكن منه) اى من استيفاء النفع اقامة للتمكن من الشئ مقام ذلك الشئ هذا اذا كانت
الاجارة صحيحة فاما اذا كانت فاسدة لاتجب شئ بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة الا بحقيقة
الانتفاع ثم فرع على هذا بقوله (فتجب) الاجرة (او قبض) المستأجر (الدار ولم يسكنها) اى الدار
(حتى مضت المدة) لان تسليم نفس المنفعة لما لم يكن اقيم تسليم محلها مقامها اذ التمكن من الانتفاع
يثبت به وفى النوازل اذا استأجر دابة الى مكة فلم يركبها ان كان بغير علة فى الدابة فعليه الاجرة وان كان
لعلة فيها فلا اجر (وتسقط) الاجرة (بالغصب) الا اذا امكن اخراج الغاصب من الدار بشفاعة
وحماية كما فى التنوير (بقدر فوت التمكن) يعنى اذا غصب الدار المستأجرة غاصب من يد المستأجر
فى جميع المدة سقطت الاجرة وان غصب فى بعضها سقطت بقدر ذلك واشار بقوله سقط الاجر الى
ان العقد ينفسخ بالغصب كما فى الهداية خلافا لقاضيخان فانه قال لاتنفسخ واطلاقه شامل للعقار
وغيره ومراده من الغصب ههنا الحيلولة بين المستأجر والعين لاحقيقته اذ الغصب لايجرى
فى العقار عندنا قال صاحب المنح ولو انكر الموجر الغصب وادعاه المستأجر ولابينة له على دعواه يحكم
الحال فان كان المستأجر هو الساكن فى الدار حال المنازعة فالقول للموجر وان كان فيها غير المستأجر
فالقول للمستأجر ولا اجر عليه كمسئلة الطاحونة وفى التنوير ولو سلم الآجر اى او سلم الآجر المستأجر
العين الموجرة بعد مضى بعض المدة فليس لاحدهما الامتناع من ذلك اذا لم يكن فى مدة الاجارة وقت
يرغب فى العين الموجرة لاجل ذلك الوقت فان كان فيها وقت كذلك اى يرغب فيها فى وقت معين
دون وقت كما فى بيوت مكة ومنى خير فى قبض الباقى وفى السراجية وغيرها اذا سكن دارا معدة

للغلة اوزرع ارضا معدة للاستغلال من غير اجارة تجب الاجرة وعليه الفتوى وفي القنية تسليم المفتاح في المصر مع التخلية بينه وبين الدار تسليم للدار حتى تجب الاجرة بمضي المدة وان لم يسكن وتسليم المفتاح في السواد ليس بتسليم الدار وان حضر المصر والمفتاح في يده (ولرب الدار والارض طلب الاجرة لكل يوم ولرب الدابة لكل مرحلة) لان العقد في حق المنفعة ينعقد شيئا فشيئا وكان ينبغي ان يجب تسليمه ولو خطوة او سكن ساعة الا انا جوزنا استحسانا وقدرنا بيوم ومرحلة لان ذا يفضي الى الحرج الا اذا بين زمان الطلب عند العقد فيتوقف الموجر الى ذلك الوقت لكونه بمنزلة التأجيل وقال زفر ليس لهم ذلك الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر كما قال الامام اولا (وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) اذ قبله لا ينتفع بالبعض فلا استحقاق للاجرة (وان) وصلية (عمل في بيت المستأجر) على ما في الهداية والتجريد وفي المبسوط والذخيرة وقاضيخان والتمرتاشي والفرائد الظهيرية اذا خاط البعض في بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه كما اذا سرق الثوب في بيت المستأجر يستحق الاجر بحسابه واستشهد في الاصل بما لو استأجر انسانا يبني له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله اجر ما بنى وفي التنوير ثوب خاطه الخياط باجر ففتقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر له ولا يجبر على الاعادة وان كان الخياط هو الفاتق للثوب فعليه الاعادة كانه لم يعمل (وللخباز) طلب الاجر (بعد اخراج الخبز) من التنور لان تمام العمل بالاخراج وفي اطلاقه اشارة الى انه يستحق الاجر باخراج البعض بقدره لان العمل في ذلك القدر صار مسلما الى صاحب الدقيق (فان احترق) الخبز (قبل الاخراج) من التنور (سقط الاجر) سواء كان في بيت المستأجر او في بيت الاجير لانه هلك قبل التسليم فعليه الضمان في قول اصحابنا جميعا لان هذا جناية يده بتقصيره في القلع من التنور فان ضمنه قيمته مخبوزا اعطاه الاجر وان ضمنه دقيقا لم يكن له اجر كما في الغاية وغيرها وبهذا ظهر لك ان قول الوقاية فان احترق بعد ما اخرجه له الاجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقول صدر الشريعة اي في الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج غير موافق للمنقول عن الائمة الفحول كما في الدرر لكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب الوقاية وصاحب الغاية بان المراد بالاحتراق في الوقاية ما لا يكون بصنعه وفي الغاية ما يكون بصنعه كما يدل عليه قوله بالاجماع واما ما قيل من انه لا ضمان في الفصلين على الخباز لان الجناية غير واقعة منه فيهما هذا على ظاهر الرواية عن الامام كما قيل في الهداية لانه لم توجد منه الجناية فصاحب الوقاية اختار ما اختاره صاحب الهداية فليس بسديد لان قول صاحب الهداية لا ضمان عليه متعلق بقوله فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فقط لا فيما اذا احترق قبله تتبع وعن هذا قال (وان) احترق من غير فعله (بعده) اي بعد الاخراج (فلا) يسقط (ان كان) يخبز (في بيت المستأجر) لانه بمجرد الاخراج صار مسلما اليه في منزل المستأجر فاستحق الاجر بوضعه فيه وفيه اشارة بان كان يخبز في منزل نفسه لا يستحق الاجر بالاخراج بل التسليم الحقيقي (ولا ضمان) فيهما عند الامام (وقالا ان شاء المستأجر ضمنه مثل دقيقه ولا اجر وان شاء ضمنه الخبز وله الاجر) ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح وفي النهاية هذا الذي ذكر من الاختلاف اختيار القدوري واما عند غيره فهو يجري على عمومه فانه لا ضمان بالاتفاق اما عند الامام فلانه لم يهلك من عمله واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وقال القدوري يضمن عندهما مثل دقيقه لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم (وللطباخ للوليمة) طلب الاجر (بعد الغرف) اي بعد وضع الطعام في القصاع اعتبارا للعرف وانما قيد للوليمة لانه لو كان لاهل بيته فلا غرف عليه كما في الجوهرة فان افسده الطباخ او احرقه او لم ينضجه فهو ضامن للطعام واذا دخل الخباز او الطباخ بنار ليخبز بها او يطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق بها البيت فلا ضمان عليه (ولضارب اللبن) على وزن الكتف اي للذي

بعد اللبن من الطين طلب الاجرة (بعد اقامته) اى اقامة اللبن الجفاف عن محله عند الامام حتى لو فسد بالمطر قبلها فلا اجر له (وقالا بعد تشريجه) وهو جعل بعضه على بعض حتى لو فسد بعد الاقامة قبل النقل فلا اجر له اذ لا يؤمن الفساد قبله وله ان الفراغ هو الاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الى موضع العمارة بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر هذا اذا لبن فى ارض المستأجر وان لبن فى ارض نفسه فلا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعد بعد الاقامة عنده وعندهما بالعد بعد التشريج قيل الفتوى على قولهما والعرف فى ديارنا على ماقاله الامام (ومن) كان (لعمله اثر فى العين كصباغ) يظهر لونا فى الثوب (وقصار يقصر بالنشاء والبيض) هذا فى ديار الشام ليظهر البياض المستور وكذا حكم قصار يقصر بالماء الصافى كما فى ديارنا كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (فله) اى المستأجر (حبسها) اى العين (للاجر) لاجل الاجرة حتى يستوفيها وقال زفر ليس له ذلك لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فيسقط حق الحبس به ولنا ان اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه فى تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الاثر فى المحل اذ لا وجود للعمل الا به وكان مضطرا اليه والرضى لا يثبت مع الاضطرار هذا اذا كان حالا اما اذا كان مؤجلا فلا يملك حبسها وفى الخلاصة هذا اذا عمل فى دكانه واما اذا عمل فى بيت المستأجر وليس له حق الحبس (فان حبسها) للاجر (فضاعت) العين بلا تعد منه (فلا ضمان عليه) لكونه امانة فى يده كما كان قبل الحبس (ولا اجر له) اذ هلك المعقود عليه قبل التسليم هذا عند الامام (وقالا ان شاء المالك ضمنه مصبوغا وله الاجر) لان العمل صار مسلما اليه تقديرا لوصول قيمته اليه فصار كما لو صار مسلما حقيقة (او غير مصبوغ ولا اجر له) لان العمل لم يصر مسلما اليه (ومن لا اثر لعمله فيها) اى فى العين (كالحمال والملاح وغاسل الثوب ليس له) اى للعامل (حبسها) اى العين لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض ولا له اثر يقوم مقامه فلا يتصور حبسه ولو حبسها ضمن ضمان الغصب وصاحبها بالخيار ان شاء ضمن المستأجر قيمتها محمولة وله الاجر وان شاء غير محمولة ولا اجر (بخلاف راد الآبق) فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله اثر لانه كان على شرف الزوال والهلاك فاحياه بالرد فكأنه باعه فكان له حق الحبس (واذا اطلق المستأجر (العمل للصانع) ولم يقيد بعمله (فله ان يستعمل غيره) كما اذا امره ان يخيط هذا الثوب بدرهم فاللازم عليه العمل سواء اوفاه بنفسه او باستعانة غيره كالمأمور بقضاء الدين وقوله على ان يعمل اطلاق لا تقييد فله ان يستأجر غيره (وان قيد بعمله بنفسه) بان قال خطه بيدك (فلا) اى فليس له ان يستعمل غيره ولو غلامه او اجيره لان عمله يكون هو المعقود عليه والا فيضمن (ومن استأجره رجل ليجيء بعياله) من موضع (فوجد بعضهم) اى بعض العيال (قد مات فاتى بمن بقى) من العيال (فله) اى للاجير (اجره بحسابه) لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه ابو جعفر الهندوانى هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله كما فى التبيين فعلى هذا لو قيد المصنف بقوله او كانوا معلومين والا فكله لكان اولى وفى الخلاصة فان لم يكونوا معلومين فالاجارة فاسدة (وان استؤجر لايصال طعام الى زيد فوجده ميتا) او لم يجده (فرده) اى الطعام (فلا اجر له) لانه نقض المعقود عليه وهو حمل الطعام وايصاله اليه وقال زفر الاجر لانه بمقابلة الحمل الى البصرة وقد اوفى به وجنى فى رده فلا يسقط بجنايته حقه من اجرته (وكذا لو استأجر لايصال كتاب اليه) اى الى زيد (فرده) اى الكتاب (لموته) اى زيد (او غيبته) فلا شيء له عند الشيخين (وقال محمد له اجر ذهابه هنا) اى له الاجر للذهاب فى نقل الكتاب لانه نقل اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة لان الاجر مقابل بما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة

اليه وهو المراد بما في الكتاب لكن الحكم متعلق به وقد نقضه فسقط الاجر هذا موافق لما في الهداية وشروحها ومخالف لما في المجمع وشروحه حيث صرح بان ابا يوسف مع محمد لا مع الامام لكن يمكن الحمل على اختلاف الروايتين (ولو تركه) اى الكتاب (هنالك) للورثة وكذا اذا دفع الى وصيه (فله اجر الذهاب اجماعا) لانه اتى باقصى ما في وسعه هذا اذا شرط المجئ والا وجب كل الاجرة ولو ترك الكتاب ثمة كما في القهستاني وفيه اشارة الى انه لو وجده ولم يوصله اليه لم يجب له شئ من الاجر لانتفاء المعقود عليه وهو الايصال

﴿باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز﴾

لما فرغ من ذكر الاجارة وشروطها ووقت استحقاق الاجر ذكر هنا ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز (وصح استيجار الدار والحانوت وان) وصلية (لم يذكر ما يعمل فيه) اى في كل واحد منهما استحسانا لان العمل المتعارف في كل واحد منهما السكنى فينصرف العقد المطلق اليه والقياس ان لا يجوز للجهالة كالارض والثياب فانهما مختلفان باختلاف العامل والعمل فلا بد من البيان (وله) اى المستأجر (ان يعمل كل شئ) من العمل لانها لا تختلف باختلاف المستعمل فله الوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد والاستنجاء بحائطه والدق المعتاد اليسير وان يدفن فيه ويتداوى وربط الدواب في موضع معتاد له ويسكنها من احب سواء كان باجارة او غيرها وليس للاجير ان يدخل دابته الدار المستأجرة بعد ما سكن المستأجر وفيه اشارة الى انه لو قال عند العقد استأجرت هذه الدار للسكنى ليس له ان يعمل فيها غير السكنى كما في القهستاني (سوى ما يوهن البناء كالحدادة والقصارة والطحن) من غير رضى المالك او اشتراطه ذلك في عقد الاجارة لان هذه الاشياء توهن البناء والمراد رحى الثور والماء لا رحى اليد فانه لا يمنع من النصب فيه ولو انهدم البناء بهذه الاشياء وجب عليه الضمان لانه متعد فيها ولا اجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس ان لا يجب ولو اختلفا في اشتراط ذلك كان القول للموجر لانه لو انكر الاجارة كان القول له فكذا اذا انكر نوعا من الانتفاع ولو اقاما البينة كانت بينة المستأجر اولى لانها تثبت الزيادة (و) صح (استيجار الارض للزرع ان بين) المستأجر (ما يزرع) لجريان العادة باستيجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها غير ان ما يزرع فيها يتفاوت فلا بد من بيانه (او قال على ان يزرع) فيها (ما يشاء) كيلا يفضي الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها او لم يقل على ان يزرع فيها ما يشاء فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة في القياس كما اذا اشترى بخمر او خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا وللمستأجر الشرب والطريق بخلاف البيع وفي القنية استأجر ارضا سنة على ان يزرع فيها ما شاء فله ان يزرع زرعين ربيعيا وخريفيا وفي التنوير آجرها وهي مشغولة بزرع غيره ان كان الزرع بحق لا يجوز ما لم يستحصد الا ان يوجرها مضافة الى المستقبل وان بغير حق صحت (و) صح استيجار الارض (للبناء او الغرس) اى غرس الاشجار لان كل واحد منهما نفع مقصود بالاجارة (واذا انقضت المدة) اى مدة الاجارة طويلة كانت او غير طويلة (لزمه) اى المستأجر (ان يقلعهما) اى البناء او الغرس (ويسلمها) اى الارض حال كونها (فارغة) عنهما لانه ليس لهما نهاية معلومة حتى يتركا اليها وفي تركها على الدوام ضرر لصاحب الارض سواء كان باجر او بغيره فوجب القلع وفي القنية استأجر ارضا وقفا وغرس فيها وبنى ثم مضت مدة الاجارة فللمستأجر ان يستبقيها باجر المثل ان لم يكن في ذلك ضرر ولو ابى الموقوف عليهم الا القلع ليس لهم ذلك انتهى وفي البحر وبهذا تعلم مسئلة الارض المحتكرة (الا ان يغرم) للمستأجر (الموجر) وهو صاحب الارض (قيمة ذلك) اى البناء او الغرس (مقلوعا) لان في ذلك نظرا لهما (برضى صاحبه) اى صاحب البناء او الغرس ان لم تنقص الارض بالقلع (وان كانت الارض تنقص

بقلعه) اى البناء اوالغرس (فبدون رضاه ايضا) اى يغرم الموجر قيمته مقلوعا و يتملكه بدون رضى صاحبه ايضا اى كما يغرم المؤجر برضاه ان كانت تنقص بقلعه ومعرفة قيمة ذلك ان يقوم الارض بدون البناء والشجر ويقوم وفيها بناء وشجر ولصاحب الارض ان يقلعه فيضمن فضل ما بينهما (او يرضيا) عطف على ان يغرم اى الا ان يرضى الموجر والمستأجر لكن رضى الموجر يكفى فلا حاجة الى رضى المستأجر لما قالوا فى تعليله لان الحق له فاذا رضى باستقراره على ماكان باجر او بغير اجر كان له تأمل (بتركه) اى بترك كل واحد من البناء اوالغرس على الارض (فيكون البناء اوالغرس لهذا) اى للمستأجر (والارض لهذا) اى للموجر الذى هو صاحب الارض (والرطبة) فى الارض المستأجرة وكذا الكراث ونحوهما (كالشجر) فى القلع اذا انقضت المدة اذ ليس لانتهائهما مدة معلومة (والزرع يترك) على الارض (باجر المثل الى ان يدرك) لان له نهاية معلومة فيوجد فى التأخير مراعاة الحقين بخلاف موت احدهما قبل ادراكه فانه يترك بالمسمى على حاله الى الحصاد وان انفسخت الاجارة لان ابقاءه على ماكان عليه اولى مادامت المدة باقية و يلحق بالمستأجر المستعير فيترك الى ادراكه باجر المثل كما فى المنح واما الغاصب فيؤمر بالقلع مطلقا (و) صح (استيجار الدابة للركوب والحمل و) استيجار (الثوب للبس) لجريان العادة بذلك (فان اطلق) الموجر للمستأجر الركوب اواللبس بمعنى ان يقول على ان يركبها من شاء و يلبس الثوب من شاء (فله) اى للمستأجر (ان يركب من شاء و يلبس من شاء) لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين او بان يشترط ان يفعله ماشاء وفى التبيين واولم يبين ولم يقل ان يفعل فيهما ماشاء فسدت الاجارة للجهالة (فاذا ركب) الدابة (اولبس) الثوب (هو) اى المستأجر وهو بنفسه (اواركب) المستأجر الدابة (اوالبس) الثوب (غيره تعين) مرادا من الاصل (فلا يستعمله غيره) فصار كالنص عليه ابتداء و فى البحر واذا اتكارى قوم مشاة ابلا على ان المكارى يحمل عليه من مرض منهم اومن عين منهم فهو فاسد (وان قيد) الموجر (براكب) معين (اولابس) معين (فخالف ضمن المستأجر) اذا هلكت الدابة اوالثوب لان الناس يتفاوتون فى العلم بالركوب واللبس ولا اجر عليه وان سلم لانه مع الضمان ممتنع (وكذا كل مايختلف باختلاف المستعمل) فى كونه يضمن اذا هلك مع المخالفة والتقييد (ومالا يختلف به) اى باختلاف المستعمل (فتقييده) اى تقييد الموجر بشخص معين (هدر فلو شرط) الموجر (سكنى واحد بعينه) فى اجارة الدار (جاز) للمستأجر (ان يسكن غيره) لان الشرط ليس بمفيد لعدم التفاوت فى السكنى ومايضر بالبناء كالحدادة والقصارة فهو خارج بدلالة العادة والفسطاط كالدار عند محمد وعند ابى يوسف هو كاللبس لاختلاف الناس فى ضربه ونصب اوتاده واختيار مكانه (وان سمى مايحمل على الدابة نوعا وقدرا ككر بر) يحمله على الدابة التى استأجرها (فله) اى للمستأجر (حمل مثله اوما اخف منه) فى الضرر (كالشعير والسمسم لا) اى ليس له ان يحمل عليها (ماهو اضر منه) كالملح لان الاصل ان من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفى اكثر منها لم يجز فله ان يحمل كر حنطة لغيره اواستأجرها ليحمل كر حنطة لانه مثله وله حمل كر شعير لانه دونه والقياس ان يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيف ماكان للمخالفة وجه الاستحسان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا ولا فائدة هنا وفيه اشارة بان سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير اوالقطن يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر من البر كما فى شرح الكنز لكن ذكر فى الذخيرة فى هذا ايضا عدم الضمان وقال شيخ الاسلام انه لا يضمن استحسانا وهو الاصح لان ضرر الشعير اوالقطن مثل ضرر الحنطة فى حق الدابة عند استوائهما وزنا وبه يفتى الصدر الشهيد كما فى النهاية (وان سمى قدرا من القطن فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا) لانه يجتمع فى مكان واحد من ظهرها

فيضرها اكثر (وان زاد على ماسمى فعطبت) الدابة (ضمن قدر الزيادة ان كان تطيق ما حملها) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما حتى لو كان المأذون مائة من وزاد عليه عشرين منا يضمن سدس الدابة واشار بالزيادة الى انها من جنس المسمى فلو حمل جنسا آخر غير المسمى وجب جميع القيمة والى انه حمل الزيادة مع المسمى معا فلو حمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها فهلكت ضمن جميع القيمة كما فى البحر (والا) اى وان لم تطق ما حملها (فكل القيمة) لعدم الاذن فيه هذا اذا حملها المستأجر اما اذا حملها صاحبها بيده فلا ضمان على المستأجر وان حملامعا وجب النصف على المستأجر ولو حمل كل واحد جوالقا وحده لاضمان على المستأجر ويجعل حمل المستأجر ما كان مستحقا بالعقد ولم يتعرض المصنف للاجر اذا هلكت وفى الغاية ان عليه الكراء لايقال كيف اجتمع الاجر و الضمان لانا نقول الاجر فى مقابلة الحمل المسمى والضمان فى مقابلة الزائد وفى البحر ولم يتعرض للاجر اذا سلمت ولم اره صريحا والقواعد تقتضى ان يجب المسمى فقط اما اذا حمله الجمال بنفسه وحده فلا كلام واما اذا حمله المستأجر زائدا على المسمى فنافع الغصب لاتضمن عندنا ومن هنا يعلم حكم المكارى فى طريق مكة وان كان لايحمل المستأجر الزيادة على المسمى الابرضى صاحب الدابة ولهذا قالوا ينبغى ان يرى المكارى جميع مايحمله انتهى (وفى الارداف يضمن النصف) اى اذا استأجر الدابة ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت يضمن المستأجر نصف قيمتها (ولاعبرة بالثقل) لان ركوب العالم بالفروسية لايضر وان ثقل وركوب غير العالم اضر وان خف هذا اذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين وان لم تطق حملهما يضمن كل القيمة وقالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه وان كان صغيرا لايستمسك يضمن بقدر ثقله وقيد بالارداف لانه اذا حمله على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة ثم المالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن الراكب فالراكب لايرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا كما فى التبيين وغيره (وان كبحها) اى الدابة من كبحت الدابة بلجامها اذا ردها وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولاتجرى (اوضربها فعطبت) اى هلكت (ضمن) عند الامام لانه فعل غيره مأذون فيه (خلافا لهما) اى لايضمن عندهما وعند الائمة الثلاثة (فيما هو معتاد) لان الضرب فى السير معتاد فكان مأذونا فيه بخلاف غير المعتاد وفى العناية ان ضربه للدابة يكون تعديا موجبا للضمان قيد بالكبح لان بالسوق لايضمن اتفاقا (وان تجاوز بها) اى بالدابة (مكانا سماه) فعطبت (ضمن) قيمتها لانه صار غاصبا (ولايبرأ) عن الضمان (بردها) اى الدابة (الى ما سماه) اى الى مكان سماه (وان) وصلية (استأجرها ذهابا وايابا فى الاصح) وقال زفر لايضمن لانه لما عاد الى الوفاق برئ عن الضمان كالمودع ولنا ان يد المستأجر ليست يد المالك ولابد من الرد اليه بعد التعدى وبالعود لايكون ردا لها اليه بخلاف المودع فان يده يد المالك فى الحفظ فاذا عاد المودع الى الوفاق عاد الى يد المالك حكما فقوله فى الاصح احتراز عما قيل انما يضمن اذا استأجر ذاهبا فقط لاجائيا لان الاجارة انتهت الى ذلك الموضع فيضمن بالتجاوز عنه قال صاحب الهداية الاطلاق اصح وقال صاحب الكافى التقييد اصح (وان نزع سرج الحمار) الذى اكتراه بسرج (واسرجه بما يسرج به مثله) فهلكت (لايضمن) اتفاقا لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لافائدة فى التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه فى الوزن فحينئذ يضمن الزيادة كما فى الهداية (وان اسرجه اواوكفه بما لايسرج) متعلق بقوله اسرجه (او بما لايوكف به) متعلق بقوله اوكفه (مثله) فهلكت (ضمن) جميع قيمته لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وكذا ان اوكفه بما يوكف به مثله) عند الامام لان الاكاف يستعمل بغير ما يستعمل له السرج وهو الحمل واثره يخالف ايضا لانه لاينبسط انبساط السرج فكان فى حق الدابة خلافا الى جنس غير المسمى فلم يصير مستوفيا

شيئا من المسمى فيضمن الكل قيد بكونه لايسرج بمثله لانه اذا استأجرها باكاف فاوكفها باكاف مثله اواسرجها مكان الاكاف لايضمن كما فى الخلاصة وفى البحر لواستأجرها حمر بانه فاسرجها وركبها ضمن قال مشايخنا اذا استأجرها من بلد الى بلد لا يضمن وان استأجرها ليركبها فى المصر ان كان المستكرى من الاشراف لايضمن ثم قال وفى الكافى الضمان مطلقا من غير تفصيل المشايخ وكان هو المذهب لانه ظاهر الرواية كما لايخفى انتهى (وقالا يضمن قدر مازاد وزنه على السرج فقط) حتى لوكان وزن الاكاف ضعف وزن السرج ضمن نصف قيمتها لانعدام الاذن فى قدر الزيادة والجواب قد مر آنفا وفى العناية ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضامن بجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر فى الاجارات يضمن بقدر مازاد فمن المشايخ من قال ليس فى المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان فى رواية الاجارات يضمن مازاد وفى رواية الجامع يضمن بجميع القيمة وقال شيخ الاسلام وهذا اصح وتكلموا فى معنى قولهما تضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن الامام فمنهم من قال انه يقدر بالمساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن (وان سلك الجمال طريقا غير ما عينه المالك مما يسلكه الناس فلا ضمان عليه) اى على الجمال (ان لم يتفاوت الطريقان) لان التقييد غير مفيد عند عدم التفاوت (وان تفاوتا) اى الطريقان بان كان الطريق المسلوك اعسر اوابعد اواخوف من الطريق الاخر (اوكان) الطريق المسلوك (مما لايسلكه الناس) وان لم يكن بين الطريقين تفاوت كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ وغيره فعلى هذا ظهر لك عدم فهم من قال من انه لاحاجة اليه لان تفاوت الطريقين يغنى عنه ويمكن دفعه بالتكلف انتهى لانه لابد من ذكر هذه المسئلة لانها مستقلة تتبع قيد بالتعيين لانه لولم يعين لاضمان وفى الخلاصة الجمال اذ نزل فى مفازة وتهيأ له الانتقال فلم ينتقل حتى فسد المتاع بمطر او سرقة فهو ضامن اذا كانت السرقة والمطر غالبا (او حمله) اى حمل الجمال المتاع (فى البحر) اذا قيد بالبر (فتلف) المتاع فى هذه الصور (ضمن) الجمال لصحة التقييد اما اذا تفاوتا اولايسلكه الناس فظاهر واما اذا حمله فى البحر فلخطر البحر وندرة السلامة اطلقه فشمل ما اذا كان مما يسلك الناس اولا وقيدنا بكونه قيد بالبر لانه لولم يقيد به لاضمان كما فى البحر (وان بلغ) قال الاتقانى السماع بلغ بالتشديد اى ان بلغ الجمال ذلك الموضع الذى اشترط ويجوز بالتخفيف على اسناد الفعل الى المتاع اى اذا بلغ المتاع الى ذلك الموضع كما فى البحر (فله الاجر) اى للجمال لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى فلا يلزم اجتماع الاجر والضمان لانهما فى حالتين كما فى شرح الكنز للعينى (وان عين زرع بر فزرع رطبة) اى من استأجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة (ضمن مانقصت الارض) لان الرطاب اكثر ضررا بالارض من البر لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان (ولا اجر عليه) لانه لما خالف صار غاصبا فاستوفى المنفعة بالغصب فلا يجب الاجر به قال العينى وان زرع فيها ما هو اقل ضررا من البر لايجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير به غاصبا وفى المنح ما ذكره هنا من عدم وجوب الاجر ووجوب مانقص من الارض هو مذهب المتقدمين من المشايخ واما مذهب المتأخرين فيجب اجر المثل على الغاصب اذا كانت الارض للوقف او لليتيم او اعدها صاحبها للاستغلال كالخان ونحوه (وان امر بخياطة الثوب قميصا فخاطه قباء خير المالك بين تضمين قيمته) اى الثوب (وبين اخذ القباء ودفع اجر مثله) لانه لما كان يشبه القميص من وجه لان الاتراك يستعملونه استعمال القميص كان موافقا من وجه مخالفا من وجه فان شاء مال الى جانب الوفاق واخذ الثوب وان شاء مال الى جانب

الخلاف وضمنه القيمة وانما وجب اجر المثل دون المسمى لان صاحبه انما رضى بالمسمى عند حصول المقصود من كل وجه ولم يحصل (لايزاد على ماسمى) كما هو الحكم فى سائر الاجارات الفاسدة وفى البحر اطلقه فشمل مااذا كان يستعمل استعمال القميص واما اذا شقه وجعله قباء خلافا للاسبيجابى فى الثانى حيث اوجب فيه الضمان من غير خيار وعن الامام انه لاخيار لرب الثوب فى الكل بل يضمنه قيمة الثوب (وكذا) خير المالك (لو امر بقباء فخاطه سراويل فى الاصح) للاتحاد فى اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير فكذا ههنا (وقيل يضمنه هنا بلاخيار) للتفاوت فى المنفعة

﴿باب الاجارة الفاسدة﴾

وجه التأخير عن الصحيحة ظاهر (يجب فيها) اى فى الاجارة الفاسدة (اجر المثل لايزاد على المسمى) المعلوم عندنا وعند زفر و الائمة الثلاثة يجب الاجر بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها بل بالعقد ضرورة لحاجة الناس وقد اسقط المتعاقدان بالتسمية الزيادة فيه واذا نقص اجر المثل لايجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان تقوم الاعيان ليس بضرورى فالحاصل ان المسمى ان كان مساويا لاجر المثل اوزاد عليه فاجر المثل وان كان اقل منه فالمسمى كما فى القهستانى هذا اذا لم يكن الفساد بجهالة المسمى اولعدم التسمية فان كان لجهالة المسمى اولعدم التسمية يجب اجر مثله بالغا مابلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما و بعضه غيرمعلوم مثل ان يسمى دابة اوثوبا او يستأجر الدار اوالحمام على اجرة معلومة بشرط ان يعمرها او يرمها وقالوا اذا استأجر دارا على ان لايسكنها المستأجر فسدت الاجارة و يجب عليه اجر المثل بالغا مابلغ ان سكنها (ومن استأجر دارا كل شهر بكذا صح العقد فى شهر واحد فقط) وفسد فى الباقى لان كلمة كل للعموم وقد يتعذر العمل بها لان الشهور لانهاية لها والواحد معين فيصح فيه واذا تم الشهر كان لكل منهما فسخ الاجارة لانتهاء العقد الصحيح من غير محضر صاحبه على قول ابى يوسف و بمحضره على قولهما وقيل لا يفسخ الا بمحضر صاحبه بالاتفاق (الا ان يسمى جملة الشهور) اى الا ان يعين كل الاشهر بان يقول اجرتها عشرة اشهر كل شهر بدرهم مثلا لانه حينئذ تعلم المدة فيصح العقد فيها بالاجماع (وكل شهر سكن) المستأجر (منه) اى من الشهر (ساعة صح فيه) اى فى ذلك الشهر الذى سكن ساعة لحصول رضائهما بذلك (وسقط حق الفسخ) اى لايكون للموجر اخراجه الى ان ينقضى ذلك الشهر الا بعذر لانه تم العقد به لتراضيهما فى اوله وهذا هو القياس وقد مال اليه بعض المتأخرين (وظاهر الرواية بقاؤه) اى بقاء حق الفسخ (فى الليلة الاولى و يومها) اى لكل واحد منهما الخيار فى الليلة الاولى من الشهر الداخل و يومها وبه يفتى كما فى اكثر المعتبرات لان ذلك رأس الشهر وفى اعتبار اول الشهر نوع حرج لتعذر اجتماع المتعاقدين فى ساعة رؤية الهلال ولو فسخ فى اثناء الشهر لم ينفسخ وقيل ينفسخ اذا خرج الشهر ولو قال فى اثناء الشهر فسخت رأس الشهر ينفسخ اذا اهل الشهر بلاشبهة ولو قدم اجرة شهرين اوثلثة وقبض الاجرة لايكون لواحد منهما الفسخ فيما عجل (و ان اجرها) اى الدار (سنة بكذا صح وان) وصلية (لم يبين قسط كل شهر) لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فتصح وتقسم الاجرة على الاشهر على السواء ولايعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان (وابتداء المدة) اى مدة الاجارة (ماسمى) ان وقعت التسمية بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (والا) اى ان لم يقع تسميته (فوقت العقد) هو المعتبر فى ابتداء المدة لان الاوقات كلها سواء فى حكم الاجارة وفى مثله يتعين الزمان الذى يلى العقد كالاجل واليمين ان لايكلم فلانا شهرا هذا اذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة وان بين المدة تعين ذلك وهو ظاهر (فان كان) عقد الاجارة (حين يهل) على صيغة المفعول بمعنى يبصر الهلال والمراد

من اسلخ اليوم الاول من الشهر دون ليله كما في التبيين (تعتبر) السنة كلها (بالاهلة) لانها هي الاصل في الشهور قال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس (والا) اى وان لم يكن العقد حين يهل الهلال بل كان بعد مامضى من الشهر (فبالايام) اى فتعتبر الايام في الشهور بالعدد وهو ان يعتبر كل شهر ثلثون يوما هذا عند الامام لانه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالاهلة تعذر اعتبار الثاني والثالث ايضا لان شهر الاول لما وجب تكميله من الثاني لكونه متصلا به نقص الثاني ايضا فوجب تكميله من الثالث وهكذا الى آخر المدة (وعند محمد الاول) اى الشهر الاول (بالايام والباقي بالاهلة) لان الاصل في الشهور اعتبارها بالاهلة عند الامكان وقد امكن ذلك في الشهور المتخللة وتعذر بالاول فيكمل بالايام الشهر الاخر (وابو يوسف معه) اى مع محمد (في رواية ومع الامام في اخرى وكذا العدة) فان الايقاع اذا كان حين يهل الهلال تعتبر شهور العدة بالاهلة وهذا بلا خلاف واذا كان في اثناء الشهر ففي حق تفريق الطلاق يعتبر بالايام اتفاقا وكذا في حق انقضاء العدة عنده واما عندهما فيعتبر شهر واحد بالايام وشهران بالاهلة وذكر في النهاية ان العدة في هذه الصورة تعتبر بالايام اتفاقا كما في القهستاني (ويجوز اخذ) الحمامي (اجرة الحمام) للتوارث والتعارف قال النبي صلى الله تعالى عليه وسلم مارأه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن فلا تعتبر جهالة المنفعة في مثل هذا ومن العلماء من كره الحمام لانه شريبت باشارة النبي عليه الصلاة والسلام وكره بعضهم اتخاذه للنساء لانه قلما يخلو اجتماعهن عن فتنة والصحيح انه لا بأس باتخاذه للرجال والنساء جميعا للضرورة كما في اكثر المعتبرات (و) يجوز اخذ (الحجام) اجرته لما روى انه صلى الله تعالى عليه وسلم احتجم واعطى اجرته فكان قوله عليه الصلاة والسلام ان من حرام السحت كسب الحجام منسوخا بما روى (لا) يجوز (اخذ اجرة عسب التيس) هو ان يواجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت عسب التيس بمعنى اخذ اجرة عسب التيس على حذف المضاف والمضاف اليه لان حقيقة العسب ليس بمكروه لانه سبب لبقاء النسل ولان الاستيجار للاحبال والانزاء وهو امر موهوم غير معلوم (ولا) يجوز اخذ الاجرة عند المتقدمين (على الطاعات) وفي شرح الوافي والمذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم فالاستيجار عليها باطل (كالاذان والحج والامامة) والتذكير والتدريس والغزو (وتعليم القرآن والفقه) وقراءتهما لان القربة تقع على العامل ولقوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن اى تلوا ولا تأكلوا به بخلاف بناء المساجد واداء الزكوة وكتابة المصحف والفقه وتعليم الكتابة والنجوم والطب والتعبير وعلوم الادبية فان اخذ الاجرة في الجميع جائز بالاتفاق وقال الشافعي يجوز في كل مالا يتعين على الاجير وعند مالك يجوز على الامامة اذا جمعها مع الاذان (او المعاصي) اى لا يجوز اخذ الاجرة على المعاصي (كالغناء والنوح والملاهي) لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر وان اعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه وفي المحيط اذا اخذ المال من غير شرط يباح له لانه عن طوع من غير عقد وفي شرح الكافي لا يجوز الاجارة على شئ من الغناء والنوح والمزامير والطبل اوشئ من اللهو ولا على قراءة الشعر ولا اجر في ذلك وفي الولوالجي رجل استأجر رجلا ليضرب له الطبل ان كان للهو لا يجوز وان كان للغزو او القافلة او العرس يجوز لانه طاعة (ويفتى اليوم بالجواز) اى بجواز اخذ الاجرة (على الامامة وتعليم القرآن والفقه) والاذان كما في عامة المعتبرات وهذا على مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا بنى اصحابنا المتقدمون الجواب على ماشاهدون من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكانت لهم عطيات من بيت المال وافتقاد من المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط مروة يعينونهم على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القرآن وتحريضا على التعليم

حتى نهضوا لاقامة الواجب فتكثر حفاظ القرآن واما اليوم فقد ذهب ذلك كله وانقطعت العطيات من بيت المال بسبب استيلاء الظلمة واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقلما يعلم حسبة ولا يتفرغون له ايضا فان حاجتهم تمنعهم من ذلك فلو لم يفتح لهم التعليم بالاجر لذهب القرآن فافتوا بجوازه لذلك ورأوه حسنا وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان الا يرى ان النساء كن تخرجن الى الجماعات في زمانه عليه الصلاة والسلام وكان ذلك زمان ابي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه حتى منعهن عمر رضي الله تعالى عنه واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب كما في التبيين وفي النهساية يفتى بجواز الاستيجار على تعليم الفقه ايضا في زماننا وفي الخانية خلافه تدبر وفي المجمع يفتى بجواز الاستيجار على التعليم والفقه والامامة كذا في الذخيرة والروضة ولا يجوز استيجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف كما في شرح الكنز للعيني (ويجبر المستأجر) وهو الصبي او وليه (على دفع ما سمى) من الاجر (ويحبس به) اي بالاجر الذي سمى (و) يجبر (على) دفع (الحلوة المرسومة) الحلوة بفتح الحاء المهملة هدية تهدى الى المعلمين على رؤس بعض سور القرآن سميت بها لان العادة اهداء الحلاوى وهى لغة يستعملها اهل ماوراء النهر حتى اولم يكن بينهما قول وشرط يؤمر بارضاء المعلم وفي الخانية وغيرها رجل استأجر رجلا ليعلم ولده او عبده الحرفة فيه روايتان في رواية المبسوط تجوز وفي رواية القدوري لا تجوز فان بين لذلك وقتا معلوما سنة اوشهرا جازت الاجارة و يستحق المسمى تعلم الولد اولم يتعلم وان لم يبين لذلك وقتا لا تصح الاجارة وله اجر المثل ان تعلم الولد والعبد وان لم يتعلم فلا اجر له وفي الجواهر استوجروا لحمل جنازة مسلم اولغسل ميت فان كان في موضع لا يوجد من يغسله غير هؤلاء فلا اجر لهم وان كان في موضع فيه اناس غيرهم فلهم الاجر وفي التنف اجارة السفن جائزة وهى على وجهين احدهما ان يستأجرها الى مدة معلومة والاخر ان يستأجرها الى مكان معلوم وكلاهما جائز ان انقضت المدة وهى في البحر فله ان يمسكها حتى يخرج من البحر ويعطيه اجر مثلها وكذا اجارة الخيام والفسطاط جائزة وله ان ينصب ذلك كما ينصب الناس فان احترق في الشمس اوفسد في السفر من المطر اوالثلج اوتخرق من غير عنف اوخلاف فلا ضمان وكذا اجارة الاسلحة جائزة وله ان يقاتل ولا ضمان عليه ان هلكت وان تعدى عليها فهلك فعليه الضمان ولا اجر عليه (ولا تصح اجارة المشاع) سواء كان الشيوع فيما يحتمل القسمة كالعروض اوفيما لا يحتمل القسمة كالعبد عند الامام لان اجارة الدار مثلا انما هى للانتفاع بعينها وهذا غير متصور في المشاع حيث لا يمكن التسليم بخلاف بيعه والمراد من الشيوع الشيوع الاصلى لان الطارى لا يفسد الاجارة في ظاهر الرواية عند الامام وعنه يفسدها (الامن الشريك) فانه يجوز مشاعا بالاجماع في ظاهر الرواية عن الامام لان الكل يجتمع على ملكه فلا يلزم الشيوع وعنه لا يجوز ايضا ثم اختلف المشايخ على قول الامام قيل لا ينعقد حتى لا يجب الاجر اصلا وقيل ينعقد فاسدا حتى يجب اجر المثل وهو الصحيح (وعندهما تصح) اجارة المشاع (مطلقا) سواء آجر نصيبه شريكه اوغيره لانه نوع تمليك فيجوز كالبيع وبه قال الشافعي ومالك والحيلة في جواز اجارة المشاع ان يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارى لا يفسدها كما مر ويحكم الحاكم بجوازه وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما لكن في الخانية وغيرها الفتوى على قول الامام وبه جزم اصحاب المتون والشروح فكان هو المذهب كما في البحر (وان آجر دارا من رجلين صح اتفاقا) لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع لتفرق الملك بينهما طار (ويجوز استيجار الظئر) وهى المرضعة (باجر معلوم) والقياس ان لا تصح كاجارة البقرة اوالشاة ليشرب لبنهما واجارة البستان ليأكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وعليه انعقد الاجماع وقد جرى به التعامل في الاعصار بلا نكير لانه عقد على منفعة هى تربية الصبي

والابن تابع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح واقرب الى الفقه كما فى الهداية وهو الصحيح كما فى الكافى وقيل عقد على اللبن لانه المقصود والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وفى العناية كلام فليطالع (وكذا) يجوز استيجارها (بطعامها وكسوتها) استحسانا عند الامام لان الجهالة هنا لاتفضى الى النزاع لان العادة جارية بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد (خلافا لهما) اى قالا لايجوز قياسا للجهالة وهو قول الشافعى وفى الجامع الصغير ان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وبين ذراعها جاز اجماعا ومعنى تسمية الطعام دراهم ان تجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام عوضا عنها ولو بين جنس الطعام و وصفه وقدره جاز ايضا وفى الطعام لايشترط الاجل (وعليها) اى على الظئر (غسل الصبى وغسل ثيابه) عن البول والغائط لاعن الوسخ (واصلاح طعامه) بالمضغ او الطبخ (ودهنه) بفتح الدال اى جعل الصبى مطلا بالدهن بالضم لان كلا منهما عليها عرفا والعرف معتبر فى الانص فيه (ولا) يجب على الظئر (ثمن شئ منهما) اى من هذه المذكورات (بل هو) اى ثمن طعامه ودهنه وماغسل به ثيابه من الصابون ونحوه (واجرها) اى اجر الظئر (على من نفقته) اى نفقة الصبى (عليه) سواء كان والده اوغيره ممن تجب عليه نفقته فلومات ممن تجب عليه نفقته فعلى الوصى من مال الصبى فلاتبطل الاجارة بموته وقال ابو بكر انهما تبطل اذا كان للصبى مال كما فى القهستانى وماذكر محمد من ان الدهن والريحان على الظئر فبنا على ماهو عرف الكوفة ثم فرعه بقوله (فان ارضعته) اى ان ارضعت الظئر الصبى بمعنى اوجرته فقولهم فان ارضعته يكون من قبيل المشاكلة (فى المدة) اى فى مدة الرضاع (بلبن شاة) فى فمه (اوغذته) من التغذية (بطعام) ومضت المدة (فلا اجر لها) لانها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وليس بارضاع وهو غير ماوقع عليه عقد الاجارة ولهذا لواوجر الصبى بلبن الظئر فى المدة لم تستحق الاجر فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن كما فى العناية وفى المحيط اواستأجر شاة لترضع جديا اوصبيا لايجوز لان للبن البهايم قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول فلايجوز وليست للبن المرأة قيمة فلاتقع الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة وفى القهستانى فان جحدته الظئر فالاعتبار ليمينها وابينتهم وان اقام كل بينة فبينتها وهذا اذا شهدوا انها ارضعته بلبن شاة وما ارضعته نفسها فلواكتفى بالنفى لم تقبل لانها شهادة على النفى بخلاف الاول فان النفى فيها دخل فى ضمن الاثبات كما فى المحيط وفى الغرر بخلاف ما اذا دفعته الى خادمتها حتى ارضعته حيث تستحق الاجر (ولزوجها) اى لزوج الظئر (وطئها) اذا اراد لانه حقه فلا يتمكن المستأجر من ابطاله (لا) وطئها (فى بيت المستأجر) اذ امنع المستأجر عن الوطئ فيه لانه ملكه فيمنعه فان لم يمنع بل اذن فيه جاز (وله) اى لزوج الظئر (فسخها) اى الاجارة (ان لم تكن) الاجارة (برضاه) سواء كان تشينه اجارتها بان كان وجيها بين الناس اولم تشنه فى الاصح لكن ليس على الاطلاق بل (ان كان نكاحه) اى نكاح الزوج (ظاهرا) بين الناس او يكون عليه شهود صيانة لحقه (لا) اى ليس له ان يفسخ الاجارة (ان اقرت) المرأة (به) اى بالنكاح لان الاقرار حجة قاصرة غير مقبولة فى ابطال حق الغير وهو المستأجر (ولاهل الطفل فسخها) اى الاجارة (ان مرضت) الظئر (اوحبلت) لان الحبلى والمريضة تضر بالصغير وكذا تفسخ المرضعة اذا مرضت اوحبلت ان خيف عليها وكذا تفسخ اذا تقيأ لبنها اوكانت سارقة اوفاجرة ثابتا فجورها بخلاف ما اذا كانت كافرة كما فى شرح الكنز وغيره ومافى القهستانى من انه صح استيجار الظئر الكافرة والفاجرة لكن نهى عن ارضاع الحمقاء نوع مخالف الا ان يراد بالفاجرة غير ثابت فجورها اويراد صحة الاستيجار فقط وكذا تفسخ اذا كان الصبى لا يأخذ ثديها ولها ايضا

فلهذا اذا كانت تتأذى منهم وكذا اذا لم تجر عادة بارضاع ولد غيرها ولا تفسخ بموت اب الصبي لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سواء كان له مال اولم يكن بخلاف موت الصبي اوالظئر فانها انقضت ولو سافرت هي واهل الصبي تفسخ الاجارة (وفسد استيجار حائك لينسج له غزلا بنصفه) اى بنصف الغزل اوثلثه (او) استيجار (حمار ليحمل عليه طعاما) الى بيته (بقفيز منه) اى من الطعام بان يجعل القفيز اجرته (او) استيجار (ثور ليطحن له برا بقفيز من دقيقه) اى دقيق ذلك البر اما فساد الاولى والثانية فلانه جعل الاجر بعض مايخرج من عمله فصار في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض مايخرج من عمل الاجير والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لايقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد قادرا ففسد قال ابو المكارم قال مشايخنا يجوز النسج بالثلث اوالربع وبه اخذ الفقيه ابو الليث والامام الحلواني والامام ابو علي النسفي (ويجب اجر المثل في الكل لايجاوز المسمى) لان الاجارة لما فسدت وجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل رضاه بحط الزيادة بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لايجب الاجر لان الاجير فيه ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار حاملا طعاما مشتركا بينهما ويحمل طعام مشترك بينهما لايجب الاجر اذ ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه وفي المنح اشكال وجواب ان شئت فارجع وفي الهداية بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا مابلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط وعند ابي يوسف لايجاوز باجر نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك هذا اذا احتطب احدهما وجمع الاخر واما اذا احتطبا جميعا فهما شريكان على السواء كما في النهاية والعناية وفي التنوير اذا استأجره ليصيد له او يحتطب فان وقت جاز والا فلا الا اذا عين الحطب وهو ملكه (وان استأجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد) العقد عند الامام لان المعقود عليه مجهول لذكره فيه امرين يحتمل كل منهما ان يكون معقودا عليه العمل والوقت فالعمل ينفع المستأجر لانه لايعطي الاجر الى الموجر الابعد تمام العمل والوقت ينفع الاجير لانه يستحق الاجر بمضي المدة سواء عمل اولم يعمل ولا رجحان في احدهما فيؤدي الى النزاع ولو كان المعقود عليه كليهما يلزم ان يعمل مستغرقا لهذا اليوم فذلك مما لايقدر عليه احد عادة (خلافا لهما) اى قالا هذه جائزة ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغه في اليوم فعليه ان يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل وذكر اليوم للتعجيل (ولو قال في اليوم) بكلمة في (صح اتفاقا) لان كلمة في للظرف لا لتقدير المدة فلا يقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت في فانه يقتضي الاستغراق ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على ان يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع (وان استأجر ارضا على ان يكربها) من كرب الارض اذا اصلحها بالمحراث من باب نصر (ويزرعها او) استأجرها على ان (يسقيها ويزرعها صح) الاستيجار لكونه شرطا يقتضيه العقد لان الزراعة لاتتأتى الا بالكراب والسقي (و) ان استأجرها (على ان يثنيها) ان كان المراد بالتثنية ان يرد الارض مكروبة تفسد الاجارة لبقاء نفع الكراب بعد انقضاء المدة وهذا شرط لايقتضيه العقد وسبب الفساد بقاء النفع لرب الارض فتوجد صفقتان في صفقة وهي منهي عنها وان كان المراد كربها الارض مرتين وكانت الارض تخرج الزرع بكربها مرة والمدة سنة واحدة تفسد الاجارة ايضا لما مر وان كانت تخرجه بكربها مرتين لاتفسد لعدم بقاء اثر التثنية وكذا لاتفسد ان كانت المدة في هذه الصورة سنتين او اكثر لعدم منفعة التثنية (او) استأجرها (على ان يكري نهرها) اى يحفر انهارها العظام تفسد الاجارة لبقاء منفعته

فى العام القابل بخلاف الجد اول كما فى التبيين (او) على ان (يسرقنها) اى يجعل السرقين عليها وهو الزبل وهو معرب ويقال السرجين تفسد الاجارة لبقاء الاثر بعد الانقضاء الا اذا كان الريع لايخرج الا بالسرقة او كانت المدة طويلة (لايصح) الاستيجار فى الكل لما قررناه آنفا (وكذا) لايصح الاستيجار (للزراعة) اى لزراعة الارض (بزراعة) ارض اخرى بان جعلت زراعة الارض الاخرى اجرة لها (وللركوب) اى لايصح استيجار دابة ليركبها (بركوب) دابة اخرى ليركبها الاخر بمقابلتها (وللسكنى) اى لايصح استيجار دار ليسكنها (بسكنى) دار اخرى ليسكنها الاخر بمقابلتها (وللبس) اى لايصح استيجار ثوب ليلبسه (بلبس) ثوب آخر ليلبسه الاخر بمقابلته ويكون من قبيل بيع الشئ بجنسه نسئة وذا لا يجوز خلافا للائمة الثلاثة وفى الدرر كلام ان شئت فلتطالع ثم لو استوفى احدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فله اجر المثل فى ظاهر الرواية وذكر الكرخى عن ابى يوسف انه لاشئ عليه (وان استأجر شريكه او حماره) اى حمار شريكه (لحمل طعام هو) اى الطعام (لهما لايلزم الاجر) الذى سماه ولااجر المثل لانه لا يعمل شيئا لشريكه الا ويقع بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر وعند الائمة الثلاثة تجوز هذه الاجارة ويجب المسمى لانه اوفى المشروط عنه (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) اى كما لايجوز للراهن استيجار الرهن من المرتهن لان الرهن ملك الراهن والمرتهن ليس بمالك حتى يوجره منه وفى المنح لو استأجر حماما فدخل الآجر مع بعض اصدقائه الحمام فانه لاتجب الاجرة لانه يسترد بعض المعقود عليه وهو منفعة الحمام فى المدة ولايسقط شئ من الاجرة لانه ليس بمعلوم (وان استأجر) رجل (ارضا ولم يذكر انه يزرعها ولم يبين مايزرعها لايصح) العقد لان استيجار الارض غير مختص للزراعة وكذا مايزرع فيها مختلف فبعضه اقل ضررا بها من بعض فلابد من التسمية عند العقد والا لايعلم المعقود عليه فيفضى الى الفساد هذا (ان لم يعمم) الموجر اما ان عمم بان يقول على ان تزرع ماشئت فحينئذ يصح لوجود الاذن منه (فان زرعها) بلاذكر الزراعة اومايزرع فيها (ومضى الاجل عاد) العقد (صحيحا وله) اى للموجر (المسمى) من الاجرة استحسانا لارتفاع الجهالة وانقطاع المنازعة فينقلب جائزا كما اذا سقط الاجل المجهول قبل مجيئه وفى القياس لايعود وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلاينقلب جائزا فيلزم اجر المثل كما فى اكثر الكتب وما فى المنح من انه وعند محمد لا يعود صحيحا وهو القياس مخالف لاكثر الكتب تدبر (وان استأجر حمارا الى مكة ولم يذكر مايحمل عليه فحمل المعتاد) اى مايحمل الناس على مثله (فنفق) اى هلك فى الطريق (لايضمن) المستأجر لان العين المستأجرة امانة فى يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة هذا اذا لم يتعد فاذا تعدى ضمن ولااجر عليه (وان بلغ) الحمار مع الحمل (مكة) شرفها الله تعالى (فله) اى للموجر (المسمى) من الاجرة عند العقد استحسانا لان الفساد كان للجهالة فاذا حمل عليه شيئا يحمل على مثله تعين ذلك فانقلب صحيحا وفى البزازى تكارى دابة الى فارس فالاجارة فاسدة لان فارس وخراسان وخوارزم وشام وفرغانة وسغد وماوراء النهر وهند والخطاى والدشت والروم واليمن اسم للولاية وبخارى وسمرقند وبلخ وجرجانية وهراة واوزجند اسم البلدة وجعل شمس الائمة بخارى اسم الولاية ففى كل موضع هو اسم الولاية اذا بلغ الادنى له اجر المثل لايجاوز عن المسمى وفى كل موضع هو اسم البلد اذا وصل البلد يلزم البلاغ الى منزله (وان اختصما) اى الموجر والمستأجر (قبل الزرع) فى مسئلة استيجار الارض بلاذكر الزرع (و) قبل (الحمل) فى مسئلة استيجار الحمار (نقضت الاجارة للفساد) لبقائه قبل ارتفاع الجهالة بالتعيين بالزرع فى المسئلة السابقة وبالحمل فى هذه فلو اختصما بعد الزرع او الحمل لايقضى بنقض العقد لعدم الامكان بل يبقى على ما كان فلا يندفع الفساد فى المسئلة السابقة الا بمضى الاجل او بالبلوغ فى المسئلة

الثانية و لو استأجر دابة ثم بعد الاجارة فى بعض الطريق وجب عليه اجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب لما بعده هذا عند ابى يوسف وعند محمد يجب الاجر كله وفى التنوير اجارة المنفعة بالمنفعة تجوز اذا اختلفا واذا اتحدا لا

﴿ فصل ﴾

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع فى بيان احكام بعد الاجارة وهى الضمان والاجير نوعان مشترك وخاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى (الاجير المشترك من يعمل لغير واحد) معناه ان لا يختص بواحد عمل لغيره اولم يعمل ولا يشترط ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد ايضا فقط فهو مشترك اذا كان لا يمتنع و لا يتعذر عليه ان يعمل لغيره وفى الغرر الاجير المشترك من لا يعمل لواحد او يعمل له غير موقت اوموقتا بلا تخصيص وفى القدورى المشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل والاجير الخاص هو الذى يستحق الاجر بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل وفى التبيين هذا يؤول الى الدور لان هذا حكم يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص واجاب صاحب العناية بانه قد علم مما سبق فى باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجير يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو الصحيح لكن قوله لان المعقود ينافى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفى كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وتمامه فيه فليطالع وقال الزيلعى والاوجه ان يقال الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض والاجير الخاص الذى يكون عقده واردا على منافعه ولا تصير معلومة الا بذكر المدة او بذكر المسافة وتمامه فيه فليراجع (ولا يستحق) الاجير المشترك (الاجر حتى يعمل كالصباغ والقصار) ونحوهما لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضى المساواة بين العوضين فما لم يسلم المعقود عليه المستأجر وهو العمل لا يسلم للاجير العوض وهو الاجر (والمتاع فى يده) اى فى يد الاجير (امانة لا يضمن ان هلك) المتاع من غير فعله عند الامام وهو قول زفر وحسن بن زياد قياسا سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب اولا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والعدو المكابر لان العين امانة فى يده لحصول القبض باذنه فلا يكون الحفظ مقصودا بالذات ولذا لا يقابله الاجر لان الاجر فى الاجارة بمقابلة العمل او الوصف بخلاف المودع باجر لان حفظه مقصود حتى يقابله الاجر (وان) وصلية (شرط) عليه (ضمانه) لانه شرط لا يقتضيه العقد (به) اى بعدم الضمان (يفتى) وفى الخانية والفتوى على قول الامام وفى المنح وقد جعل الفتوى عليه فى كثير من المعتبرات وبه جزم اصحاب المتون وكان هو المذهب (وعندهما) وعند مالك والشافعى فى قول (يضمن ان امكن التحرز منه) اى من الهلاك (كالغصب والسرقة بخلاف ما لا يمكن) التحرز عنه (كالموت حتف انفه (والحريق الغالب والعدو المكابر) لكونه سببا لصيانة اموال الناس وافتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة لاختلاف الصحابة والائمة وعلى هذا حكمه الولاة والقضاة عملا بالقولين وفى شرح المجمع نقلا عن المحيط الخلاف فيما اذا كانت الاجارة صحيحة وان فاسدة لا يضمن اتفاقا (ويضمن ما) اى الذى (تلف بعمله) اى بعمل الاجير المشترك (اتفاقا كتخريق الثوب من دقه) اى القصار (وزلق الحمال) اذا لم يكن من مزاحمة الناس كما فى الاصلاح فان التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت فى المشى (وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى) الحمل فان التلف الحاصل به حصل من تركه التوثيق فى شد الحبل (وغرق السفينة من مدها) وفيه اشارة الى ان السفينة لو غرقت من موج او ريح او نحوهما لم يضمن كما فى القهستانى وقال زفر والشافعى لا يضمن لانه مأمور بالعمل مطلقا وانه ينتظم السليم والمعيب ولنا ان المقصود هو المصلح دون المفسد

وكان هو المأذون فيه دون غيره وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة ينبغي ان يكون المراد بقوله
ماتلف بعمله عملا جاوز فيه القدر المعتاد على ما يأتي في الحجام او عملا لايعتاد فيه المقدار المعلوم
لكن ما في المنح نقلا عن العمادية مخالف لانه قال وان هلك بفعله بان تخرق بدقه او عصره يضمن
عندنا بخلاف البزاغ والحجام فان البزاغ ونحوه لايضمن ماهلك بفعله اذا لم يجاوز المعتاد ومفاده
ان الاجير المشترك يضمن ماهلك بفعله جاوز المعتاد اولا تدبر (لكن لايضمن به) اي بغرق السفينة
(الادمي) من مدها (ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة) وان كان بسوقه اوقوده لان ضمان
الادمي لايجب بالعقد بل بالجناية ومايجب بها يجب على العاقلة والعاقلة لاتتحمل ضمان العقود
وهذا ليس بجناية لكونه مأذونا فيه قيل هذا الكلام اذا كان ممن يستمسك على الدابة و يركب وحده
والا فهو كالمتاع والصحيح انه لافرق (ولايضمن فصاد ولابزاغ لم يتجاوز المعتاد) فانه لايجب الضمان
اذا سرى الى النفس لانه ليس بالوسع لعدم العلم بحصول الموت الا ان يجاوز الموضع المعتاد لان
ذلك غير مأذون فيه فيضمن الزائد هذا كله اذا لم يهلك وان هلك يضمن نصف الدية حتى ان
الختان لو قطع الحشفة و برئ المقطوع تجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو
كاملة فتجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف الدية لان النفس تلفت بمأذون فيه
وغير مأذون فيه فيضمن نصف الدية وهو من اغرب المسائل حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك
وتفصيله في المنح فليطالع (سئل صاحب المحيط عن فصاد جاء الى غلام وقال افصدني ففصده
فصدا معتادا فمات من ذلك السبب قال يضمن الفصاد قيمة العبد و يكون على عاقلة الفصاد لانه
خطأ وكذا الصبي تجب ديته على عاقلة الفصاد و سئل عن رجل فصد نائما و تركه حتى مات
من سيلان الدم قال يجب عليه القصاص كما في الفصول العمادية (ولو انكسر دن في طريق الفرات)
ذكر الفرات للشهرة بالوفرة والزيادة بالافادة (فلمالك ان يضمنه) اي الحمال (قيمته) اي قيمة الدن
التي تقوم (في مكان حمله ولا اجر له او) ضمن قيمته (في مكان كسره وله) اي الحمال (الاجر بحسابه)
اما الضمان فلان السقوط بالعثار او بانقطاع حبل وكل ذلك من صنعه واما الخيار فلانه اذا انكسر
في الطريق والحمل شئ واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو
ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء
وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر مااستوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا كما في الهداية
(و) ثاني النوعين (الاجير الخاص) وهو من (يعمل الواحد) قيد صاحب الدرر بقوله عملا موقتا
بالتخصيص وقال وفوائد القيود عرفت مما سبق (ويسمى اجير وحد) ايضا (ويستحق) الاجير
الخاص (الاجر بتسليم نفسه) اي الاجير (مدته) اي العقد سواء عمل اولم يعمل مع التمكن بالاجماع
(كمن استأجر للخدمة) الغير المعينة (سنة اولرعي الغنم) لهذا المستأجر دون غيره لان العقد
ورد على منافعه وذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وصار كما لو باع عبدا من
رجل حيث لايملك بيعه من آخر وفي شرح الوافي واعلم انه ان استأجره لرعي غنمه بدرهم شهرا
فهو اجير مشترك الا ان يقول ولايرعى غنم غيري فحينئذ يصير اجير واحد وان استأجره لرعي غنمه شهرا
بدرهم فهو اجير واحد الا ان يقول و يرعى غنم غيري وفي الذخيرة ولو استأجره يوما للعمل في الصحراء
فمطرت السماء بعدما خرج الاجير الى الصحراء لا اجر له لان تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد
لمكان العذر و به يفتي المرغيناني كما في الشمني وفي المنح وان هلك في المدة نصف الغنم او اكثر
من النصف فله الاجرة كاملة مادام يرعى منها شيئا لان المعقود عليه هو تسليم نفسه وقد وجد
وليس للراعي ان ينزو على شئ منها بغير اذن صاحبها الا ان الانزاء حمل عليها فان فعل فعطبت ضمن
له وان كان الفحل نزا عليها فعطبت فلا ضمان عليه لانه بغير فعله كما في الجوهرة وفي العمادية

ثم الراعى اذا كان اجير وحد فاتت من الاغنام واحدة حتى لايضمن ولاينقص من الاجر بحسابها لان الغنم لوماتت كلها لاينقص من الاجر شئ انتهى وهو مخالف لقول الجوهرة مادام يرعى منها شيئا كما لايخفى (ولايضمن) الاجير الخاص (ماتلف فى يده) بان يسرق منه اوغاب او غصب (او بعمله) لان العين امانة فى يده بالاتفاق لانه لايتقبل الاعمال الكثيرة من الناس فلا يوجد العجز والتقصير فى الحفظ بخلاف الاجير المشترك المأذون كانكسار القدوم اوتخرق الثوب عند العمل اذا لم يتعمد الفساد لانه يتقبل الاعمال من الخلق طمعا فى الاجر فيعجز عن القيام فيجب عليه الضمان عندهما استحسانا لصيانة اموال الناس كما مر وفى المنح الراعى اذا خلط الغنم بعضها ببعض فان كان يقدر على التمييز لايضمن ويكون القول قوله فى تعيين الدواب انها لفلان وان كان خلطا لايمكن التمييز يكون ضامنا قيمتها والقول فى مقدار القيمة قول الراعى وتعتبر قيمة الاغنام يوم الخلط فان دفع غنم رجل الى غير صاحبها فاستهلكها المدفوع اليه واقر الراعى بذلك ضمن الراعى ولاضمان على المدفوع اليه ولايقبل قول الراعى على المدفوع اليه ان كان الراعى اقر وقت الدفع انها للمدفوع اليه واوندت بقرة من الباقورة فخاف البقار انه لوتبعها يضيع الباقى كان فى سعة من ان لايتبعها ولاضمان عليه بالاتفاق ان كان الراعى خاصا وان مشتركا فكذلك عند الامام وعندهما يضمن وفى التنوير استأجر حمارا فضل عن الطريق ان علم انه لايجده بعد الطلب لايضمن وفى الجواهر بقار ترك البقور مع صبى لحفظهن فهلكت بقرة وقت السقى بآفة فان كان للصبى قدرة الحفظ لم يضمن ولايضمن واوجاء البقار ليلا وزعم انه رد البقرة واد خلها القرية فطلبها صاحبها ولم يجدها ثم وجدها بعد ايام فى قرى الجبانة قد عطبت قالوا ان كان العرف فيما بينهم ان البقار يدخل البقور فى القرية ولم يطلبوا منه ان يدخل كل بقرة فى منزل صاحبها كان القول قول البقار مع يمينه انه ادخل البقرة فى القرية فلاضمان عليه (وصح ترديد الاجير) اى جعله مترددا (بين نفعين مختلفين وايهما وجد لزم ماسمى له نحو) مالوقال للخياط (ان خطته فارسيا فبدرهم اوروميا فبدرهمين) فاى عمل من هذين العملين عمل يستحق المسمى هذا عند الكل لانه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والاجر قد يجب بالعمل وعند العمل يرفع الجهل وعند زفر والائمة الثلاثة لايجوز لجهالة المعقود عليه الحال (و) كذا لوقال للصباغ (ان صبغته بعصفر فبدرهم وبزعفران فبدرهمين) هذا عند الكل لمامر (و) كذا لوقال للمستأجر (ان سكنت فى هذه الدار فبدرهم فى الشهر او) ان سكنت (فى هذه) الدار (فبدرهمين و) كذا لو قال (ان ركبتها الى الكوفة فبدرهم او) ان ركبتها (الى واسط فبدرهمين) قيل فيه احتمال الخلاف لان هذه المسألة ذكرت فى الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون قول الكل اوقول الامام خاصة (وكذا يصح لوردد بين ثلثة اشياء) بان قال ان خطته فارسيا اوروميا اوتركيا (لا) يصح (بين اربعة اشياء) كما فى البيع والجامع دفع الحاجة غير انه يشترط خيار التعيين فى البيع دون الاجارة لان الاجرة انما تجب بالعمل واذا وجد يصير المعقود عليه معلوما بخلاف البيع فان الثمن يجب بنفس العقد والمبيع مجهول (ولوقال) للخياط (ان خطته اليوم فبدرهم او) اى خطته (غدا فبنصفه فخاطه اليوم فله الدرهم وان خاطه غدا فله اجر المثل) لكن (لايجاوز) اجر المثل (نصف درهم) لانه هو المسمى فى اليوم الثانى قال القدورى هى الصحيحة وفى الجامع الصغير لايزاد على درهم ولاينقص من نصف درهم هذا عند الامام لان ذكر اليوم للتعجيل دون التوقيت ويدل عليه هنا نقص الاجر لواخر الفعل الى الغد فتبق فى اليوم الثانى تسميتان احديهما درهم والاخرى نصف والتسميتان فى عقد واحد مفسدة فوجب اجر المثل كما لوقال خطه اليوم بدرهم اونصفه فلايكون ذكر اليوم للتوقيت اذ لوكان للتوقيت يفسد العقدان لاجتماع الوقت والعمل فيصير اجيرا مشتركا واجيرا خاصا وانه

لا يجوز وكذا لا يكون ذكر الغد للترفيه بل يكون للتعليق فيجوز فى الاول دون الثانى على ما مر وفى اكثر الكتب ولو خاطه بعد غد فالصحيح انه لايجاوز به نصف درهم عند الامام واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولايزاد عليه (وقالا الشرطان جائزان) حتى اذا خاطه اليوم فله درهم واذا خاطه غدا فله نصف درهم لان ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعليق فوجدت فى كل واحد من وقتين التسمية مقصودة فصارا عقدين كاختلاف النوعين كالرومية والفارسية وعند زفر الشرطان فاسدان وهو قول الائمة الثلاثة لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه والتوسيع فيجتمع فى كل يوم تسميتان (ولو قال ان سكنت) بالتشديد من باب التفعيل ويجوز ان يكون سكنت بالتخفيف من الثلاثى فعلى هذا يكون قوله عطارا او حدادا حالا ويكون المعنى ان سكنت هذا الحانوت حال كونك عطارا وحال كونك حدادا (هذا الحانوت عطارا فبدرهم او) ان سكنت (حدادا فبدرهمين جاز) عند الامام لانه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والجهالة فى العمل ترتفع عند المباشرة (خلافا لهما) اى قالا لايجوز لان المعقود عليه واحد والاجر ان مختلفان ولايدرى ايهما يجب فلا يجوز وبه قال زفر والائمة الثلاثة (وكذا الخلاف) بين الامام وصاحبيه (او قال ان ذهبت بهذه الدابة) الباء للتعدية (الى الحيرة فبدرهم وان جاوزتها) اى الحيرة منتهيا (الى القادسية فبدرهمين او قال ان حملت عليها الى الحيرة كر شعير فبدرهم وان حملت كر بر فبدرهمين) فالعقد جائز فيهما عند الامام لما مر انه خير بين عقدين صحيحين مختلفين كما فى مسئلة الخياطة الرومية والفارسية وعندهما لا يجوز وبه قال زفر والائمة الثلاثة لان المعقود عليه وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد (ولا) يجوز ان (يسافر) المستأجر (بعبد استأجره للخدمة بلا اشتراطه) اى بلا اشتراط السفر لان فى خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق وعليه عرف الناس فانصرف الى الحضر بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لايتقيد بالحضر لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف فى حقه الا اذا شرط ذلك او كان وقت الاجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك فيجوز ولو سافر المستأجر بالعبد المستأجر ضمن قيمته لمالكه اذا هلك لانه صار غاصبا ولا اجر عليه وان سلم لان الاجر والضمان لايجتمعان (ولو استأجر عبدا محجورا فعمل) العبد (واخذ الاجر لايسترده منه) اى لايسترد المستأجر ما دفعه اليه لعمله من العبد المحجور لان هذه الاجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا لان الفساد لرعاية حق المولى فبعد الفراغ رعاية حقه فى الصحة و وجوب الاجر له والقياس ان يسترده لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وهو قول الائمة الثلاثة وفى شرح الكنز للعينى وعليه اجر المثل وكذا الحكم فى الصبى المحجور عليه اذا آجر نفسه فالاجر له ولو اعتقه المولى فى نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد فاجر ما مضى للسيد واجر ما يستقبل للعبد وان آجره المولى ثم اعتقه فى نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر ما مضى للمولى وان اجاز فاجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى واذا هلك العبد المحجور فى حالة الاستعمال تجب عليه قيمته ولا تجب عليه الاجر (ولو آجر العبد المغصوب نفسه) لآخر (فاكل غاصبه) اى العبد اجره (لايضمن) اى لايضمن الغاصب ما اخذ من الاجر من يد العبد فاتلفه عند الامام لان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز فى حق الغاصب لان العبد لايحرز نفسه فكيف يحرز ما فى يده كما لو آجره الغاصب فاخذ اجره فاتلف حيث لاضمان عليه بالاتفاق قيل رده على المغصوب منه و تصدقه اولى لتطرق خبث فيه (خلافا لهما) اى قالا يضمن لانه اكل مال المالك بغير اذنه لان الاجارة تعتبر صحيحة بعد الفراغ على ما مر فيكون الاجر راجعا الى مولاه (وما وجده) من الاجر (سيده اخذه) فى يد العبد وغيره بالاتفاق لانه عين ماله ولايلزم من بطلان التقوم بطلان الملك (وقبض العبد اجره) من المستأجر (صحيح)

بالاجماع لانه المباشر للعقد فيخرج المستأجر عن عهدة الاجرة بالاداء الى العبد (ولو آجر) رجل (عبده هذين الشهرين) اجر (شهرا باربعة) دراهم (وشهرا بخمسة) دراهم من غير تعيين منهما (صح) العقد على الترتيب المذكور (والاول باربعة) لانه لما قال شهرا باربعة ينصرف الى مايلي العقد تحريا بالجواز فينصرف الثاني الى مايلي الاول ضرورة (ولو استأجر عبدا فابق اومرض) يعني اذا استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر والعبد مريض اوآبق واختلفا (فادعى) المستأجر (وجوده) اي وجود المرض اوالاباق (اول المدة) وادعى (المولى وجوده قبيل الاخبار بساعة حكم الحال) اي يجعل الحال حكما بينهما فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ومن هذا قال (فان كان) العبد (حاضرا) وقت الدعوى في صورة الاباق (وصحيحا) في صور المرض (صدق) المولى ويحكم بانه ليس كذلك من اول المدة فيجب الاجر (والا) اي وان لم يكن حاضرا اوصحيحا وقت الدعوى (فالمستأجر) اي يصدق المستأجر ويحكم بان مرض العبد اواباقه من اول المدة (وكذا الاختلاف في انقطاع ماء الرحى وجريانه) اي وكذا لوقال المالك ماء الطاحونة كان جاريا في المدة وقال المستأجر لم يكن جاريا فيها فالقول للمالك ان كان جاريا والا فللمستأجر وفي الخلاصة رجل استأجر رحى ماء وبيتها ومتاعها مدة معلومة باجرة معلومة فانقطع الماء سقط من الاجر بحسابه وان لم ينقض الاجارة حتى عاد الماء لزمته الاجارة وان اختلفا في نفس الانقطاع يحكم الحال (ولوقال رب الثوب امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصابغ امرتني بما صنعت صدق رب الثوب) لان الاذن يستفاد من قبل رب الثوب فكان اعلم بكيفيته فالقول قوله مع يمينه الايرى اوانكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته (وكذا الاختلاف في القميص والقباء) بان قال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا فالقول لرب الثوب ايضا مع يمينه (فان حلف رب الثوب ضمن الصانع قيمة ثوبه غير معمول) اي صاحب الثوب بعد الحلف مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول (ولا اجرله اواخذ الثوب واعطاه اجر مثله لايجاوز به المسمى) على مابينا من قبل وعن محمد انه يضمن له مازاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن ابي ليلى القول قول الصباغ (وان قال رب الثوب عملت لي بلا اجر وقال الصانع باجر فالقول لرب الثوب) لانه ينكر تقوم عمل الصانع لانه يتقوم بالعقد ولانه ينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر مع يمينه عند الامام في القياس وعند الشافعي في قول واحد القول للصانع (وعند ابي يوسف) القول (للصانع ان كان حريفا) اي معاملا له بان سبق بينهما اخذ واعطاء يلزم له الاجر لان ماسبق من المعاملة يدل على انه يعمل فقام ذلك مقام الاشتراط في الاستحسان (وعند محمد) القول (للصانع ان كان معروفا بعمله بالاجر) لانه فتح الحانوت لاجل الاجر جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر في الاستحسان وجواب الامام عن استحسانهما ان الظاهر يصلح للدفع لاللاستحقاق وههنا نحتاج الى استحقاق الاجر والفتوى على قول محمد كما في التبيين وغيره

﴿باب فسخ الاجارة﴾

وجه التأخير عماقبله ظاهر اذ الفسخ بعقب العقد لامحالة (تفسخ) الاجارة (بعيب فوت) هو صفة عيب (النفع كخراب الدار وانقطاع ماء الارض او) ماء (الرحى) فان كلا منهما يفوت النفع فيثبت خيار الفسخ وفي الهداية ومن اصحابنا من قال بان العقد لاينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في العبد وعن محمد ان الآجر لو بناها اي بعد الخراب ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لاينفسخ لكنه اي العقد يفسخ وهو الاصح ولو انقطع ماء الرحى والبيت ممايننفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه وفي التبيين فاذا استوفاه لزمته حصته

وفي الولوالجي رجل استأجر ارضا ليزرعها فزرعها ولم يجد الماء ليسقيها فيبس الزرع والمسئلة على وجهين اما ان يستأجرها بشربها او بغير شربها ففي الوجه الاول سقط عنه الاجر لفوات التمكن من الانتفاع وفي الوجه الثاني ان انقطع ماء الزرع على وجه لا يرجى فله الخيار وان انقطع قليلا قليلا ويرجى منه السقي فالاجر عليه واجب ولو لم ينقطع الماء لكن سال الماء عليها حتى لا يتهيأ به الزراعة فلا اجر عليه لانه عجز عن الانتفاع به وصار كما اذا غصبه غاصب وفي الخانية رجل استأجر ارضا فانقطع الماء قال ان كانت الارض تسقى من ماء الانهار لا شيء على المستأجر وكذا اذا كانت بماء السماء فانقطع المطر (او اخل) عطف على قوله فوت (به) اى بالنفع يعني ان العيب لا يفوت النفع بالكلية بل يخل به بحيث ينتفع به في الجملة (كرض العبد ودبر الدابة) الدبرة واحدة الدبر بالفتح جراحة تحدث في ظهرها من الرحل فان الاجارة تفسخ به ايضا وفي شرح الوقاية لابن الشيخ ولا حاجة الى القضاء ولا الى الرضاء في الفسخ بعيب فوت النفع بتمامه ويحتاج الى القضاء او الرضاء بالعيب الذي يخل به عند عامة المشايخ لفوات النفع على وجه يتصور عوده (فلو انتفع) المستأجر (به) اى بالمستأجر (معيبا ورضي) بالعيب (او ازال الموجر عيبه سقط خياره) اى خيار المستأجر لحصول الرضى والتمكن من الانتفاع فيجب عليه اجره كاملا وفي المنح وعمارة الدار المستأجرة وتطيينها واصلاح الميزاب وما كان من البناء على رب الدار فان ابى صاحبها كان للمستأجر ان يخرج من الدار الا ان يكون المستأجر استأجرها وهي كذلك وقد راها لرضائه بالعيب واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على صاحب الدار بلا جبر عليه لانه لا يجبر على اصلاح ملكه فان فعل ما ذكر من الاصلاح المستأجر فهو متبرع فيه فليس له ان يحبسه من الاجرة وكذا تفسخ الاجارة بخيار الشرط والرؤية عندنا خلافا للشافعي (وتفسخ) الاجارة (بالعذر) عندنا لان المعقود عليه في الاجارة النفع وهو غير مقبوض فيكون العذر فيها كالعيب قبل القبض في البيع خلافا للشافعي لان العقد في الاجارة واقع على الاعيان لكون المنافع بمنزلتها عنده فتكون الاجارة كالبيع فلا تفسخ بالعذر بل تفسخ بالعيب وبه قال مالك واحمد وابو ثور (وهو) اى العذر (العجز عن المضي على موجب العقد الا بتحمل ضرر غير مستحق به) اى بعقد الاجارة (كقلع سن سكن وجعه) اى السن (بعد ما استوجر له) اى لقلع السن فان العقد ان بقي لزم قلع سن صحيح وهو غير مستحق بالعقد (وطبخ لوليمة ماتت عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها) اى للوليمة (او) طبخ لوليمة (اختلعت عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها) فان العقد ان بقي تضرر المستأجر باتلاف ماله في غير الوليمة (وكذا) تفسخ (لو استأجر دكانا ليتجر فيه فذهب ماله) اى مال المستأجر وافلس (او آجر شيئا فلزمه) اى الموجر (دين لا يجد قضاءه) اى قضاء دينه (الا من ثمن ما اجره) من دار او دكان (ولو) وصلية (باقراره) اى ولو كان الدين باقرار الموجر لانه لو بقي العقد يلزمه الحبس لاجله حيث لا يقدر ما لا سواه وهو ضرر زائد لم يستحقه بالعقد وفيه اشارة الى انه لو كان له مال غيره لا تفسخ (او استأجر عبدا للخدمة في المصر او مطلقا) اى بلا تقييد بالمصر (فسافر) المستأجر فانه حينئذ يثبت حق الفسخ لان خدمة السفر اشق فلا تنتظمها الخدمة المطلقة فضلا عن المقيدة بالمصر وفي منع المستأجر عن السفر ضرر لم يستحق بالعقد واو اكتفى بقوله مطلقا لكان اخصر واشمل للمصر وغيره تدبر (او اكترى دابة للسفر ثم بدا له منه) اى ظهر للمستأجر ما يوجب المنع من السفر لاحتمال كونه قصد سفر الحج فذهب وقته او طلب غريم له فحضر او التجارة فافتقر وغير ذلك فانه يثبت له حق الفسخ لانه لو مضى على موجب العقد لزمه ضرر زائد (ولو بدا للمكاري منه) اى ولو ظهر له ما يوجب المنع من السفر (فليس بعذر) لانه لا يلزمه ضرر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث تلميذا او اجيرا (ولو مرض) المكاري (فهو عذر

في رواية الكرخي) لانه لايعرى عن ضرر لان غيره لايشفق على دابته مثله وهو لايمكنه الخروج بخلاف ما اذا لم يمرض (دون رواية الاصل) لما ذكرنا وفي القهستاني الفتوى على الرواية الاولى فلهذا اختار المصنف فقدمها (ولو استأجر خياط يعمل لنفسه) لا لغيره (عبدا يخيط له) اي للخياط (فافلس) الخياط (فهو عذر) لانه يلزمه الضرر على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله (بخلاف خياط يخيط بالاجر) فانه ليس له بعذر لان رأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وبخلاف تركه) اي الخياط (الخياطة ليعمل في الصرف) حيث لايكون عذرا لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياط في ناحيته من الدكان وهو يشتغل في الصرف في ناحيته (وبخلاف بيع ما اجره) فان هذا ليس بعذر للفسخ بدون لحوق دين لامكان استيفاء المستأجر والعين على ملك المشتري كما استوفيها والعين على ملك البايع كما في الشمني وقال ابو المكارم وهل يجوز البيع اختلف الروايات فيه في الكفاية قال الامام السرخسي الصحيح ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر ان يفسخ البيع وهو اختيار صدر الشهيد وفي الخانية هو اصح الروايات وفي الجامع الصغير كل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى انه لايحتاج فيه الى قضاء القاضي وفي الزيادات ان الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة لانه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة قال السرخسي هذا هو الاصح ومنهم من فرق فقال ان كان العذر ظاهرا انفسخت والا يفسخها الحاكم قال قاضيخان والمحبوبي وهو الاصح (ولو استأجر دكانا ليعمل الخياطة فتركها) اي عمل الخياطة (لعمل آخر فهو عذر) تفسخ به الاجارة لان الواحد لايمكنه الجمع بين العملين بخلاف ما استأجر الخياط عبدا ليخيطه فترك الخياطة لعمل الصرف لان العامل ثمه شخصان فامكنهما كما في الهداية وفي الفرائد فيه بحث لانه يمكن ان يعمل العمل الاخر فيه مكان عمل الخياطة فلا يلزم الجمع بين العملين انتهى لكن يمكن ان يجاب بان المكان الذي تعمل فيه الخياطة لايمكن ان يعمل فيه عمل آخر في اكثر البلاد عادة فيلزم العذر (وكذا لو استأجر عقارا ثم اراد السفر) فهو عذر لما فيه من المنع عن السفر وفيه ضرر تعطيل مصالح السفر او الزام الاجر بدون الانتفاع بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لاضرر اذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبة الموجر (وتفسخ) الاجارة بلا حاجة الى الفسخ (بموت احد المتعاقدين) اي احد من الموجر والمستأجر وعند الائمة الثلاثة لايبطل بموت احدهما ولا بموتهما كالبيع ولنا ان المنافع والاجرة صارت ملكا للورثة والعقد السابق لم يوجد منهم فينتقض (عقدها لنفسه) فالجملة حال عن احد اي حال كون احد المتعاقدين قد عقدها لنفسه او صفته لعدم تعرفه بالاضافة على طريقة قوله ولقد امر على اللئيم يسبني لان المعرف بلام العهد الذهني وما اضيف اليه في حكم النكرة (فان عقدها) اي الاجارة (لغيره فلا) تفسخ الاجارة لموته (كالوكيل) يعقدها لموكله (والوصي) وكذا الاب والقاضي يعقدها لمحجوره (ومتولي الوقف) يعقدها للوقف لان الموجر والمستأجر باقيان فلا يلزم ما مر من عدم الجواز لعدم الانتقال حتى او مات المعقود عليه بطلت واو مات احد المستأجرين او احد الموجرين بطلت الاجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الاخر وقال زفر تبطل في نصيب الحي ايضا لانها اجارة المشاع ولنا ان عدم الشيوع شرط في ابتداء العقد لا في بقائه

﴿مسائل منثورة﴾

اي هذه مسائل متفرقة على ابواب الاجارة قد تداركها وجمعها في آخر الكتاب (ولو احرق) المستأجر (حصايد ارض مستأجرة او مستعارة) وهي جمع حصيدة وهي ما يحصد من الزرع والنبت والمراد هنا ما يبقى من اصول القصب المحصود في الارض (فاحترق بسببه شيء في ارض غيره لايضمن) لانه غير متعد في السبب فلم يوجد شرط الضمان لان فعله وقع في ملك نفسه كمن حفر بئرا في داره فوقع انسان لاضمان عليه (ان كانت

الريح هادئة) حين اوقد النار ثم تحركت لانه لاصنع له والهادئة من هدأ بالهمزة اى سكن وفى بعض النسخ هادنة من هدن اى سكن (وان كانت) الريح (مضطربة ضمن) لانه قد فعل مع علمه بعاقبته فافضى اليها فجعل كمباشر وهذا القول الذى ذكره من تفصيل الهادئة والمضطربة اختيار شمس الائمة السرخسى كما فى اكثر المعتبرات وفى التنوير بنى المستأجر تنورا اودكانا فى الدار المستأجرة واحترق بعض بيوت الجيران او الدار لاضمان عليه مطلقا اى سواء بنى باذن صاحب الدار اولا الا ان يجاوز ما يصنعه الناس وفى التبيين اووضع جمرة فى الطريق فاحرقت شيئا ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعته الريح الى شئ فاحرقته لايضمن لان الريح نسخت فعله ولو اخرج الحداد الحديد من الكور فى دكانه فوضعه على العلاة وضربه بطرقة وخرج شرار النار الى طريق العامة واحرق شيئا ضمن ولو لم يضربه ولكن اخرج الريح شيئا لم يضمن ولو سقى ارضه سقيا لاتحمله الارض فتعدى الى ارض جاره ضمن (ولو اقعد خياط اوصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح) هذا الفعل لان صاحب الدكان قد يكون ذا جاه وحرمة ولا يكون حاذقا فى العمل فيقعد حاذقا يطرح عليه العمل وكان القياس ان لايجوز لانه استأجره بنصف مايخرج من عمله وهو مجهول لكنه جاز استحسانا لان احدهما يقبل العمل بالوجاهة والاخر يعمل بالحذاقة فبذلك تنتظم المصلحة ولاتضره الجهالة الحاصلة من الكسب قيل لان تخصيص العمل باحدهما لايدل على نفى العمل من الاخر فاذا تقبل احدهما العمل والاخر يعمل يجوز كما يجوز فى شركة الصنائع والتقبل لعدم الجهالة المفضية الى النزاع قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه وقال العينى فى شرح الكنز وفيه نظر لان شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس شئ فى هذه من بيع ولاشراء فكيف يتصور ان يكون شركة الوجوه انتهى لكن يمكن بان مراد صاحب الهداية بشركة الوجوه ليس ما هو المصطلح عليه المار فى كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ماوقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشدك اليه قوله هذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل ويمكن بوجه آخر انه اطلق عليه شركة الوجوه تغليبا بجهة الوجاهة على جهة العمل لكونها سببا تأمل (وكذا) صح (لو استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين) يقعدان فيه (الى مكة) استحسانا لان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع ومافيه من الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد فلهذا قال (وله) اى للمستأجر (المحمل المعتاد) بين الناس والقياس ان لايجوز لجهالته وبه قال الشافعى (وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود) لانه اقرب لحصول الرضى (وان استأجره) اى الجمل (لحمل زاد فاكل) المستأجر (منه) اى من الزاد فى الطريق (فله) اى للمستأجر (رد عوضه) اى عوض ما اكل لان المستحق عليه حمل معلوم فى جميع الطريق فله استيفاؤه وعند الشافعى فى الاظهر لايرده ولو شرط رده صح بالاجماع ولو شرط عدمه لايصح بالاجماع (ولو قال لغاصب داره فرغها) اى دار (والا) اى وان لم تفرغ (فاجرها كل شهر كذا فلم يفرغ) الغاصب بعد ذلك بل مكث فيها اياما (فعليه) اى الغاصب (المسمى) الذى سماه له المالك من الاجر لوجود الالتزام بسبب عدم التفريغ (فان جحد الغاصب ملكه) اى كون الدار ملك من يدعيها (اولم يجحد لكن قال لااريدها) اى الدار (بالاجرة فلا) عليه المسمى لانه حينئذ لايكون ملتزما بالاجارة (وان) وصلية (برهن) المدعى (على ملكه بعد جحده) اى بعد جحد الغاصب لان البينة بعد ذلك لاتفيد فى حق الاجارة وكذا لايلزم عليه الاجر اذا اقر بالملك له لكن قال له لااريد بالاقرار الاجر لعدم رضائه صريحا بالاجارة (ومن آجر ما استأجره باكثر) من الاجر الاول (يتصدق بالفضل) لانه ربح مالم يقبضه وعند الشافعى يطيب له الفضل هذا اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاولى لانه لو لم تكن من جنسها طاب الفضل اتفاقا ذكره الطحاوى كما فى شرح المجمع قال

المولى خسرو وجاز للمستأجر ان يؤجر الاجير من غير موجره ولا يجوز ان يؤجره لموجره لان الاجارة تمليك المنفعة والمستأجر في حق المنفعة قائم مقام الموجر فيلزم تمليك المالك وفي المنح تفصيل فليراجع وفي الغرر وكله لاستيجار دار ففعل وقبض الوكيل ولم يسلمها الى الموكل حتى مضت المدة رجع الوكيل بالاجر على الآمر كذا ان شرط تعجيل الاجر وقبض الوكيل ومضت المدة ولم يطلب الآمر وان طلب الآمر وابى ليعجل لا يرجع (وتصح الاجارة) حال كونها (مضافة) الى زمان في المستقبل بان قال مثلا اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا الى سنة هذا عندنا لان مطلقها يقع مضافا لان انعقادها يتجدد بحسب ما يحدث من المنفعة على ما عرف فوقوع المقيد اولى بالجواز خلافا للشافعي لان المنفعة عنده كالعين فاشبه بيع العين (وكذا) يصح (فسخها) اي فسخ الاجارة كما اذا قال فاسختك هذه الاجارة رأس الشهر الآتي ولو قال اذا جاء رأسه فقد فاسختك لم يجز وقال السرخسي جاز والفتوى على الاول وفي العمادي انه لا يصح اجماعا (وكذا) تصح (المزارعة والمعاملة) اي المساقاة ايضا بالاضافة كما اذا قال دفعت اليك هذه الارض او الاشجار للزراعة او العمل فيها بعد شهر من هذا الوقت لان كلا منهما اجارة (و) كذا (المضاربة) كما اذا دفع عشرة دراهم الى فلان وقال بعد ما صارت بالعشرة عشرين عمل به مضاربة بالنصف فانه لم يصر مضاربا الا عند صيرورتها عشرين درهما (والوكالة) كما اذا قال بع عبدي غدا فانه يصير وكيلا لا يصح تصرفه الا بعد الغد واختلف في العزل قبله وصح الرجوع اجماعا بشرط علم الوكيل لانهما من باب الاطلاق كالطلاق والعتق والوقف (والكفالة) بان قال ما ذاب لك على فلان فعلي لانها التزام المال ابتداء فيجوز اضافتها (والايصاء) اي جعل الغير وصيا بان قال اذا مت فانت وصيي فيما اخلف اذ الايصاء لا يتصور في الحال الا اذا جعل مجازا عن الوكالة (والوصية) بان قال فثلث مالي لفلان لانها تمليك بعده (والقضاء والامارة) كما بينا في القضاء (والطلاق) بان قال لامرأته ان قدم فلان فانت طالق لا تطلق حتى يجيء (والعتق) بان قال لعبده انت حر اذا جاء رأس الشهر (والوقف) كما اذا قال ارضي هذه موقوفة غدا وفي القهستاني وتصح العارية والاذن في التجارة مضافين كما في العمادي وفيه اشعار بانه لم يصح تعليق كل منهما وقد صح تعليق المزارعة والمساقاة كما في النهاية وينبغي ان لا يصح فسخ كل منها غير الاجارة مضافا انتهى (لا) يصح كل واحد (من البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين) حال كونه مضافا الى زمان في المستقبل لان هذه الاشياء تمليك وقد امكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة وفي التنوير فسخ العقد بعد تعجيل البدل فللمعجل حبس البدل حتى يستوفي مال البذل كما في التبيين استأجر مشغولا وفارغا صح في الفارغ فقط المستأجر فاسدا اذا آجر صحيحا جازت وقيل لا وفي الغرر المستأجر لا يكون خصما لمدعي الاجارة والرهن والشراء بخلاف المشتري

﴿كتاب المكاتب﴾

اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني قولنا بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقولنا ليس بطريق الاصالة خرج به النكاح والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة قيل ان الانسب ان يذكر عقيب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا لكن لا تم ذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك لشخص ومنفعة لغيره وهو انسب الاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات كما في العناية لكن في حاشية المولى سعدي كلام فليطالع والمكاتب هو مفعول من كاتب مكاتبة

والمولى مكاتب بكسر التاء واصله من الكتب وهو الجمع ومنه كتبت القربة اذا اخرزتها والكتيبة هي الطائفة المجتمعة من الجيش والكتاب لانه يجمع الابواب والفصول والكتابة لانها تجمع الحروف ويسمى هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة اولان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا اولان كلا منهما يكتب الوثيقة (الكتابة) في اللغة مصدر كتب وفي الشرع (تحرير المملوك يدا) اي من جهة اليد (في الحال ورقبة) اي من جهة الرقبة (في المآل) اي في المستقبل لان المكاتب لا يتحرر رقبة الا اذا ادى بدل الكتابة واما في الحال فهو حر من جهة اليد فقط حتى يكون احق بكسبه ويجب على المولى الضمان بالجناية عليه او على ماله ولهذا قيل المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل في ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير تباعر وان استحمل تطاير ثم شرط الكتابة ان يكون الرق قائما بالمحل وان يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلا وفي ثواب العتق آجلا ورغبة العبد في الحرية وركنها الايجاب والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد في الحال حتى يكون العبد اخص بنفسه وكسبه من مولاه والفاظها كاتبتك على كذا اوما يقوم مقامه (فمن كاتب مملوكه ولو) وصلية (صغيرا يعقل) قيده لانه اذا لم يعقل العقد لا يجوز اتفاقا لانه ليس من اهل القبول والعقد موقوف عليه (بمال حال) بان يؤدي البدل عقيب العقد (او) بمال (مؤجل) بان يؤدي كله في مدة معلومة (او) بمال (منجم) بان يؤدي في كل شهر مقدارا معلوما من البدل الاولى بالواو كما في النهاية حيث قال وكون بدلها منجما ومؤجلا فليس بشرط عندنا تدبر (فقبل) المملوك ذلك (صح) العقد عندنا لاطلاق قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية فتتناول جميع ما ذكرنا من الحال والمؤجل والمنجم والصغير والكبير وكل من يتأتى منه الطلب ولانه عقد معاوضة والبدل معقود عليه فاشبه الثمن في عدم اشتراط القدرة عليه لان توهم القدرة كاف ههنا كما في البيع وقيل يمكن ان يستقرض فيقدر على الاداء ولو كان مديونا للغير وقال الشافعي لا تجوز كتابة الصغير لانه ليس باهل للتصرف وكذا لا تجوز عنده الا منجما واقله نجمان ليتمكن من التحصيل اذ القدرة على التسليم شرط لصحة العقد لكن قيد التأجيل زيادة على النص فرد كما في سائر المعاوضات والامر في هذه الآية ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه واما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه الصلاة والسلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال صلى الله تعالى عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد رضي الله تعالى عنه ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع خلافا للشافعي ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع كما في الهداية وقال الشافعي يجب عليه حط ربع البدل (وكذا لو قال) المولى (جعلت عليك الفا تؤديه نجوما) اي متفرقا على النجم (اولها) اي اول النجوم (كذا) من الدرهم (واخرها كذا) منها (فاذا اديته) اي الالف (فانت حر وان عجزت فقن) اي فانت قن على حالك (فقبل) العبد ذلك صح العقد وصار مكاتبا والقياس ان لا يجوز لان فيه تعليق العتق باداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان ان العبرة للمعاني وقد اتى بمعنى الكتابة مفسرا فينعقد به قبل قوله جعلت عليك يحتمل عقد الكتابة ويحتمل الضريبة على العبد فلا تتعين جهة الكتابة الا بقوله فان اديته فانت حر فيكون قوله وان عجزت فقن حثا للعبد على الاداء (ولو قال) المولى (اذا اديت الى الفا كل شهر مائة فانت

حرفهو تعليق) يعنى يكون اعتاقا بالمال لا بالمكاتبة فى رواية ابى حفص قال فخر الاسلام
وهو الاصح لان التنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل فى سائر الديون
وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا لها فلا يكون مكاتبا (وقيل هو مكاتبة)
وهو رواية ابى سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك فى المال ولا يجب
المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا فى الكتابة (واذا صحت الكتابة خرج)
المكاتب (عن يد المولى) لان موجب الكتابة مالكية اليد فى حق المكاتب ولهذا ليس له المنع
من الخروج والسفر (دون ملكه) اى لا يخرج من ملك المولى لما رويناه ثم فرع عليه بقوله (فان اتلف)
المولى (ماله) اى مال المكاتب (ضمنه) اى ضمن المولى ما اتلفه لكونه اجنبيا فى مال كسبه (وكذا)
ضمنه (ان وطئ المولى المكاتبة) اى يغرم العقر لانها تخرج بعقد الكتابة من يد المولى فصار
كالاجنبى فى حق نفسها (او جنى) المولى (عليها) اى على المكاتبة (او على ولدها) اى يغرم
المولى ارش الجناية لها و اولادها لكونه اجنبيا فى حقها وولدها (وان كاتبه) اى كاتب المولى
عبده (على قيمته) بان قال كاتبتك على قيمتك (فسدت) الكتابة لان القيمة مجهولة
قدرا وجنسا و وصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولان الكتابة
على القيمة تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة (فان اداها) اى القيمة
(عتق) العبد لكونها بدلا معنى (وكذا) تفسد الكتابة (او كاتبه على عين لغيره) بان قال كاتبتك
على هذا العبد وهو مملوك لغيره (تتعين) صفة عين (بالتعيين) كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل
والموزون غير النقدين فى ظاهر الرواية لعدم القدرة على تسليم ملك الغير وعن الامام يجوز ان قدر
على تسليمها بان يملكها وفيه اشارة الى انه او كاتب على دراهم او دنانير بعينهما وهى لغيره جاز
لانها لا تتعين فى المعاوضات فيتعلق بدراهم دين فى الذمة لا بدراهم الغير فيجوز (او على مائة
دينار و يرد) السيد (عليه) اى العبد (عبدا غير معين) اى او كاتبه على مائة على ان يرده سيده
عبدا بغير عينه بان قال اد الى مائة دينار على ان تأخذ منى عبدا بغير عينه فانت حر فالكتابة فاسدة
عند الطرفين بناء على ان استثناء العبد من المائة لا يصح لانعدام شرطه وهو المجانسة وانما يصح
استثناء قيمته ولكنها مجهولة لاختلاف المقومين فيها (وعند ابى يوسف تجوز) الكتابة (تقسم
المائة على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيسقط قسط العبد) اى حصته (والباقى) من المائة بعد
حصته (بدل الكتابة) يعنى اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين
يجب على المكاتب اداء خمسين و يسقط خمسون لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه منه
وتجوز الكتابة على عبد فكذا يجوز استثناؤه هذا فى عبد غير معين حتى او شرط له ان يرد عبدا معينا
صح اتفاقا (وان كاتب المسلم عبده بخمر او خنزير فسد العقد) سواء كان العبد مسلما او كافرا
لانهما ليسا بمال فلا يصلحان للعوض فى عقد المعاوضة وكذا لو كان المولى ذميا والعبد مسلما لان
اسلام احد الطرفين يمنع صحت العقد (فان اداه) اى ان ادى المكاتب الخمر والخنزير (عتق) العبد
(ولزمه قيمة نفسه) هذا فى ظاهر الرواية سواء اتى بالشرط بان قال ان اديت الخمر فانت حر او لم يأت به
لانهما مال فى الجملة وان لم يكن لهما قيمة فى حق المسلمين وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه
لان البدل فى الكتابة الفاسدة وهو القيمة وعن ابى يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق
باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن الطرفين انه يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها
الى فانت حر باعتبار انه معلق بالشرط وقد وجد الشرط (والكتابة على ميتة او دم باطلة)
لانهما ليسا بمال اصلا عند احد (ولا يعتق باداء المسمى) لعدم انعقاد الكتابة بيطلانها فلا يلزم على
المكاتب شئ وفى الاختيار ولو علق العتق باداتهما عتق بالاداء لوجود الشرط (وتجب القيمة) اى

قيمة العبد (في) الكتابة (الفاسدة) لان الواجب رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فوجب رد قيمته بالغة مابلغت لان المولى لم يرض النقصان والعبد رضي بالزيادة لئلا يبطل حقه في العتق لان عتقه اولى له من الرقبة الى آخر عمره ومن هذا قال (ولاتنقص) القيمة (عن المسمى) لما مر ان المولى لم يرض بالنقصان (وتزاد) القيمة (عليه) اي على المسمى ان كانت زائدة عليه فيسعى في قيمة نفسه بالغة ما بلغت لما مر قيل هذه المسئلة متعلقة بمسئلة الخمر لان بدل الكتابة في الفاسدة هو قيمة المكاتب وقيل هذه مسئلة مبتدأة لاتعلق لها بمسئلة الخمر لان وضع المسئلة فيما اذا كاتب عبده بالف على ان يخدمه ابدا فالعقد فاسد فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الالف لاتنقص وان كانت زائدة زيدت عليه وقيل هذه المسئله لها نوع تعلق بماقبلها غير مختصة لان القيمة في الكتابة الفاسدة من جنس المسمى فقيمة المكاتب ان كانت ناقصة عن المسمى لاتنقص منه وان زائدة زيدت عليه (وصحت) الكتابة (على حيوان ذكر جنسه فقط) كالعبد والفرس (لاوصفه) كالجيد والردي ولابد للمصنف ان يذكر النوع بان يقول ولانوعه كما في اكثر المعتبرات لان الكتابة بدون ذكر النوع كالتركي والهندي جائزة لانها مبادلة مال بمال من حيث ان العبد مال في حق المولى ومبادلة مال بما ليس بمال من حيث ان العبد ليس بمال في حق نفسه فتقع الكتابة بين الجواز والفساد فحمل على الجواز فالجهالة بعد ذكر الجنس لاتضر لكونها يسيرة لان مبناها على المسامحة وقال الشافعي لايجوز هذا العقد للجهالة (ولزم) المكاتب (الوسط) اي الحيوان الوسط (اوقيمته) اي قيمة الوسط لان كل واحد اصل من وجه فالعين اصل تسمية والقيمة اصل ايضا لان الوسط لايعلم الا بها فاستويا فيخير ويجبر المولى على قبول ما ادى (وصح كتابة الكافر عبده الكافر بخمر مقدر) لانها مال عندهم بمنزلة الخل عندنا وانما قال مقدر ولم يقل مقدرة بناء على ما قال صاحب القاموس انه قد يذكر (واي) من السيد وعبده (اسلم فللسيد قيمتها) اي قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها (وعتق) العبد (باداء عينها) اي الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما يوجب سلامة العوض الاخر للاخر واذا ادى الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء الخمر اذ هي المذكورة في العقد كما في الرمز وفي شرح الطحاوي والترتاشي لو ادى الخمر لايعتق ولو ادى القيمة يعتق وفي الغرر وصحت على خدمة شهر للمولى او لغيره او حفر بئرا او بناء دار اذا بين قدر المعمول والاجر بما يرفع النزاع ولاتفسد الكتابة بشرط الا ان يكون في صلب العقد

باب تصرف المكاتب

(له) اي للمكاتب (ان يبيع ويشتري ويسافر) لانه لايقدر على تحصيل البدل الا بها وقوله (وان) وصلية (شرط عدمه) اي عدم سفر المكاتب متصل بماقبله اي له ان يسافر وان شرط عليه المولى ان لايخرج من البلد استحسانا لكونه شرطا مخالفا لمقتضى عقد الكتابة وعند مالك والشافعي في قول لايسافر الا باذنه وهو القياس (ويزوج امته) اي للمكاتب ان يزوج امته بالاجماع لما مر انه من باب الاكتساب باخذ المهر والخلاص عن نفقتها (و) له (ان يكاتب عبده) او امته استحسانا لكونها اكتسابا باخذ بدل الكتابة ايضا فيكون داخلا في العقد كالبيع بل هو انفع منه لان الكتابة لاتزيل الملك الا بعد وصول البدل والبيع يزيل قبل وصوله وقال زفر ليس له ذلك وهو القياس وبه قال الشافعي واحمد لان المال هو العتق والمكاتب ليس من اهله (فان ادى) المكاتب الثاني الكتابة (بعد عتق) المكاتب (الاول فولاؤه) اي المكاتب الثاني (له) اي للمكاتب الاول لانه صار اهلا بعد العتق (وان) ادى المكاتب الثاني بدل الكتابة (قبله) اي قبل عتق المكاتب الاول (فللسيد) اي ولاء المكاتب الثاني لسيد الاول لا للمكاتب الاول لتعذر جعل المكاتب معتقا له لعدم اهلية الاعتاق فيخلف فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه ولو ادى الاول بعد ذلك لاينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لايتحول عن المعتق الى غيره ولو اديا معا فولاؤهما

المولى لكونه اصلا (وليس له) اى المكاتب (ان يتزوج بلا اذن المولى) لانه ليس من الاكتساب لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ويجوز باذنه لان الحجر لاجله فاذا اذن جاز (ولا) ان (يهب) لانهما تبرع (ولو) وصلية (بعوض) لانهما تبرع ابتداء (ولا يتصدق) لانه تبرع ايضا (الا بيسير منهما) لانهما من ضرورات التجارة (ولا يكفل) مطلقا سواء كان فى المال او فى النفس بامر او بغير امر لانها تبرع محض (ولا يقرض ولا يعتق ولو) وصلية (بمال) لانه ليس باهل (ولا يزوج عبده) لانه تعييب له ونقص لماليته لكونه شاغلا لرقبته بالمهر والنفقة (ولا يبيعه من نفسه) لان بيع العبد من نفسه اعتاق فلا يملكه (والاب والوصى فى رقيق الصغير) الذى تحت حجرهما (كالمكاتب) فى التصرفات المذكورة من تزويج الامة وكتابة رقيق الصغير لا على اعتاقه على مال ولا بيعه من نفسه ولا تزويج عبده (ولا يملك) العبد (المأذون شيئا من ذلك) عند الطرفين (وعند ابى يوسف له) اى للمأذون (تزويج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والشريك) شركة عنان ومفاوضة لهما انهم لا يملكون شيئا مما ذكر وانما يملكون التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا المكاتبة لان المال مقابل بفك الحجر فى الحال وهو ليس بمال فلا يملكون وله انهم يملكون تزويج الامة لان فيه منفعة على ما بينا (وان اشترى المكاتب قريبه ولاد ادخل فى كتابته) لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن اهلا للعتق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان فيدخلون فى كتابته تبعا له واقواهم دخولا الولد المولود فى الكتابة ثم الولد المشترى ثم الوالدان ومن هذا يتفاوتون فى الاحكام فان الولد المولود فى الكتابة يكون حكمه كحكم ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم ابيه والولد المشترى يؤدى بدل الكتابة حالا والا يرد فى الرق والوالدان يردان فى الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا (ولو اشترى) المكاتب (ذا رحم محرم غير الولاد) كالاخ وابنه والعم وابنه (لا يدخل) فيجوز له بيعه عند الامام لان المكاتب لا ملك له حقيقة الا انه يقدر على الكسب فالمكاتب فقير كاسب وهذه القدرة تكفى للصلة فى قرابة الولاد لا فى غيرها ولذا تجب نفقة الاولاد والوالدين على من يقدر على الكسب ولو كان فقيرا واما نفقة الاخ والعم فتجب على الغنى لا على الكاسب الفقير (خلافا لهما) فانهما قالا يدخل فى كتابته بالشراء فلا يجوز بيعه فان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية ولذا يعتق على الحر كل ذى رحم محرم وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبه لهم ولا تقطع يده اذا سرق منهم ونحو ذلك من الاحكام وعند الائمة الثلاثة لو اشترى بلا اذن السيد لا يكاتب ولا يصح شراؤه وبالاذن يصح هذه المسئلة تذكر فى العتاق فلو اقتصر على احديهما لكان اخصر (وان اشترى) المكاتب (ام ولده) اى امرأته المنكوحة المملوكة للغير (مع ولدها منه دخل الولد فى الكتابة) تحقيقا للصلة كما مر (ولا تباع الام) لان الولد لما دخل فى كتابته امتنع بيعه فتتبعه امه فى امتناع البيع فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها ولا تدخل فى كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فيجوز له ان يطأها بملك النكاح وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير انها لها ان تبيعه كيف ما كان لان الحرية لم تثبت من جهتها كما فى التبيين (وان لم يكن الولد (معها) اى مع ام الولد (جاز بيعها) لعدم دخولها فى كتابته قياسا عند الامام لان ما كسبه المكاتب متردد بين ان يؤدى وبين ان يعجز فان ادى الكل يتقرر له وان عجز يتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ هو امومية الولد (خلافا لهما) فان عندهما لا يجوز بيعها لكونها ام ولده وبه قال الشافعى فى قوله (وولده) اى ولد المكاتب (من امته يدخل فى كتابته) لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه فى الكتابة (وكسبه) اى كسب الولد (له) اى للمكاتب لانه فى حكم مملوكه وكان كسبه له

وكذا المكاتبة اذا ولدت ولدا فالحكم كما سبق (ولو زوج) المكاتب (امته من عبده ثم كاتبهما) اى
كاتب المكاتب العبد والامة (فولدت الامة يدخل الولد فى كتابة الام وكسبه) اى كسب الولد
(لهـا) اى الام لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها فى الحرية والرق كما مر فى العتاق حتى لو قتل
الولد تكون قيمته للام دون الاب (ولو نكح) اى تزوج (مكاتب بالاذن) اى باذن المولى (امرأة زعمت
انها حرة فولدت) من المكاتب (فاستحقت) اى ثم استحقت بولدها (فولدها عبد) وكذا ان ولدت
من عبد فولدها عبد عند الشيخين لكونه مولودا من المملوكين فيكون رقيقا اذ الولد يتبع الام
فى الرق والحرية كما مر مرارا وهو القياس وتركنا هذا فى ولد الحر باجماع الصحابة رضى الله تعالى
عنهم لان حق المولى مجبور بقيمة واجبة فى الحال بخلاف ولد المكاتب والعبد لان قيمته متأخرة
الى العتق هكذا ذكروا هنا لكن فى التبيين هذا مشكل جدا فان دين العبد اذا لزمه بسبب اذن
فيه المولى يظهر فى حق المولى ويطالب به الحال والموضوع ههنا مفروض فيما اذا كان باذن المولى
وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى لانه لا يظهر الدين فيه فى حق المولى فلا يلزم المهر
ولا قيمة الولد فى الحال انتهى لكن يمكن الجواب بانه ليس فيه دين كسائر الديون حتى يقاس عليه
لان المولى اذن بالتزويج المقيد بكونها حرة لا مطلقا فالمغرور حينئذ هو العبد فلا يوجب ان يلزم
على المولى ما يلزم على العبد عنده كون ابنه حرا لان الغرم بالغنم ولا غنم للمولى حتى يجب الضمان
ولان ولد المكاتب ليس فى معنى الحر لانه خلق من ماء الرقيق وولد الحر خلق من ماء الحر فافترقا من
هذا الوجه فلا يلحق بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة تدبر (وعند محمد) وزفر والائمة الثلاثة
(حر) بالقيمة (وتؤخذ منه) اى من المكاتب (قيمته) اى قيمة الولد (بعد عتقه) لانه شارك
الحر فى سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فانه لم يرغب فى نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيلحق
بولد الحر المغرور الا ان قيمته تطالب بعد العتق كما فى اكثر الكتب لكن فى التبيين ولدها حر بالقيمة
يعطيها للمستحق فى الحال اذا كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع
هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق ان كانت هى الغارة له انتهى فعلى هذا يلزم
المصنف التفصيل تتبع (وان وطئ المكاتب امته بملك) اى اذا اشترى المكاتب فوطئها (بغير اذن
سيده) وانما اقتصر بغير اذنه مع ان المسئلة على حالها مع الاذن ليفهم منه ما اذا كان باذنه بالطريق
الاولى (فاستحقت) اى الامة (اخذ منه) اى من المكاتب (عقرها فى الحال) من غير تأخير الى العتق
(وكذا ان اشتراها) اى اشترى المكاتب امة شراء (فاسدا فوطئها فردت) بحكم الفساد اخذ منه
عقرها فى الحال ايضا من غير تأخير الى العتق (وان وطئها) اى المكاتب الامة (بنكاح) بان تزوجها
بغير اذن المولى فاستحقت (لا يؤخذ منه) العقر (الا بعد عتقه) بالاجماع والفرق ان فى الوجهين
الاولين ظهر الدين فى حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة والعقر من توابعها
وفى الوجه الثانى لم يظهر لان النكاح ليس من باب الاكتساب فى شئ فلا تنتظمه الكتابة فلا يظهر
فى حق المولى كما فى اكثر الكتب وقال صدر الشريعة ولقائل ان يقول ان العقر ثبت بالوطئ لا بالشراء
والاذن بالشراء ليس اذنا بالوطئ والوطئ ليس من التجارة فى شئ فلا يكون العقر ثابتا فى حق
المولى انتهى وقال يعقوب باشا هذا القول ليس بظاهر لان وجوب العقر مبنى على سقوط الحد
وسقوطه مبنى على الملك والملك مبنى على الشراء وهو مأذون فيكون مأذونا فيما سبق فيما يتعلق به
انتهى لكن الاذن بالشئ انما يكون اذنا بما يتعلق به اذا كان ما يتعلق به من لوازمه والوطئ ليس كذلك
فالاظهر ان الوطئ وان لم يكن من التجارة فى شئ لكن سببه الذى هو الشراء منها وتنزيل السبب
منزلة المسبب من القواعد المقررة عندهم تأمل (ومثله) اى مثل المكاتب فى الحكم المذكور
(المأذون) له (فى التجارة) قيل هذا اذا كانت الامة المنكوحة ثيبا اما لو كانت بكرا يؤخذ بالعقر

حالا وكذا لو نكحها باذن مولاه يؤخذ بالمهر في الحال

﴿ فصل ﴾

(واذا ولدت المكاتبة من مولاها) فلها الخيار ان شاءت (مضت على الكتابة او) ان شاءت (عجزت) من التعجيز (نفسها) مفعول عجزت لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وهى الكتابة وآجلة بغير بدل وهى امومية الولد فتختار ايهما شاءت (وهى) اى المكاتبة (ام ولده) سواء صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك فى رقبتها و لها حق الملك والحقيقة راجحة فثبت من غير تصديق بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتب حيث لا يثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبة بخلاف ما اذا ادعى جارية ابنه يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج الى تصديق الابن (واذا مضت على الكتابة) يعنى اذا اختارت الكتابة ومضت عليها (اخذت) اى ام الولد (منه) اى من مولاها (عقرها) اى مهر مثلها لانها مختصة بنفسها بالكتابة فصار المولى كالاجنبى فى حق نفسها (وان مات المولى) بعد مضيها على الكتابة (عتقت) بالاستيلاد (وسقط عنها البدل) لان كتابتها بطلت وانتفت الفائدة فى ابقائها لانها تعتق مجانا من جهة كونها ام ولد (وان ماتت المكاتبة (وتركت مالا اديت منه) اى من المال (كتابتها ومابقى) من المال (ميراث لابنها) لثبوت عتقها فى آخر جزء من حياتها وان لم يترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر قيل لو قال لولدها لكان اشمل للبنت انتهى لكن الابن يأخذ جميع المال والبنت ليست كذلك لانها تأخذ النصف والنصف الآخر للمولى ومراد المصنف ما يأخذ الجميع وهو الابن فقط لانه قال ومابقى اى مجموع مابقى تأمل (ولا يثبت نسب من تلده بعده) اى بعد الولد الاول (بلا دعوة بل هو مثلها) اى مثل ام الولد (فى الحكم) بحرمة وطئها عليه وولد ام الولد انما يثبت نسبه من غير دعوة اذا لم يحرم على المولى وطئها وان حرم فلا يلزمه حتى اذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك فى مدة يمكن العلوق بعد التعجيز يثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا كسائر امهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثانى وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد فى بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق و بطلت عنه السعاية لانه فى حكم امه (وان كاتب شخص مدبره او ام ولده صح) ما فعله من الكتابة لقيام الملك فيهما وان كانت ام الولد غير متقومة عند الامام (فان مات) المولى (عتقت) ام الولد) المكاتبة (مجانا) اى بغير شئ لانها اعتقت بالاستيلاد والبدل واجب لتحصيل العتق وقد حصل ويسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا اعتقها المولى فى حال حياته (والمدبر) المكاتب (يسعى) بعد موت المولى (فى) جميع (بدل كتابته) ان شاء (او) سعى (ثلثى قيمته ان كان) المولى يموت (معسرا) عند الامام لانه استحق حرية الثلث ظاهرا فالانسان لا يلتزم المال فى مقابلة ما يستحق حريته مجانا فيبقى البدل جميعا فى مقابلة ثلثى الرقبة كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف يصير كل الالف فى مقابلة الواحدة الباقية بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة لان البدل يقابل بكل الرقبة لا بثلثيها اذ لا استحقاق عند عقد الكتابة فى شئ من الحرية (وعند ابى يوسف يسعى فى الاقل من البدل او من ثلثى قيمته) لكون الاقل نافعا (وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى البدل من ثلثى القيمة) لان المدبر يعتق ثلث رقبته مجانا فتسقط حصته من بدل الكتابة كما تسقط من قيمته فيبقى الثلثان من البدل فصار الاختلاف بينهم فى الخيار و فى المقدار لان ابا يوسف مع الامام فى المقدار ومع محمد فى نفى الخيار فالخيار عند الامام فرع التجزى وعدم الخيار عندهما لعدم التجزى لما بين فى موضعه وانما وضع المسئلة فى العسر لانه ان كان له مال غيره وهو يخرج من الثلث عتق و بطلت كتابته (وان دبر) المولى (مكاتبه صح) التدبير بالاجماع لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت (ومضى عليها) اى على الكتابة ان شاء (او عجز)

من التجيز (نفسه وصار مدبرا) لان الكتابة عقد غير لازم في حق العبد وان كان لازما في حق المولى (فان مضى عليها) اى على الكتابة (فات سيده) حال كونه (معسرا يسعى) المدبر (فى ثلثى البدل او) فى (ثلثى قيمته) عند الامام لان الاعتاق متجزٍ فيسقط من بدل الكتابة الثلث فيختار منهما ماشاء (وعندهما يسعى فى الاقل من ثلثى كل منهما) لان العاقل يختار اقل الدينين ضرورة فالخلاف فى الخيار مبنى على تجزى الاعتاق وعدم تجزيه اما المقدار هنا فمتفق عليه (وان اعتق مكاتبه عتق) لقيام الملك فيه (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه التزمه ليحصل العتق وقد حصل بدونه (وان كوتب) العبد (على الف مؤجل فصالح على نصفه حالا صح الصلح) والقياس ان لا تجوز لانه اعتياض بالمال الحال عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا وبه قال ابو يوسف وزفر والشافعى ومالك كما فى عيون المذاهب وجه الاستحسان ان الاجل فى حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا بالاجل دون وجه آخر وبدل الكتابة ليس بمال من وجه حيث لا تجوز الكفالة به دون وجه آخر فاستويا فى كونهما مالا وغير مال (وان مات مريض) وهو الذى قد كان (كاتب عبدا قيمته الف) فكاتبه (على الفين الى سنة ولا مال له) اى للمريض (غيره) اى غير العبد (ولم يجز الورثة) ذلك (ادى العبد) المكاتب (ثلثى البدل حالا و) ادى (الباقى الى اجله) اى عند انتهاء اجله (او يرد رقيقا) عند الشيخين لان جميع المسمى بدل الرقبة وحق الورثة متعلق بجميع المبدل فيصير متعلقا بكل البدل ولذا يكون عتقه متعلقا باداء الكل فلا يجوز فى قدر الثلثين منه (وعند محمد) ان شاء (يؤدى ثلث قيمته) وهى الف (الحال والباقى الى اجله او يرد رقيقا) لان المريض ليس له التأجيل فى ثلثى القيمة اذ لا حق له فيه واما فى الزيادة فيجوز الترك فيصح التأخير (وان كاتبه على الف) الى سنة (وقيمته الفان ولم يجيزوا) اى الورثة (ادى ثلثى القيمة الحال او رد الى الرق اتفاقا) يعنى انه يخير بين الامرين لان المحاباة هنا حصلت فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما اى يصح تصرفه فى ثلث القيمة لا فى حق الاسقاط ولا فى التأخير كما فى المنح (ومثلها) اى مثل الكتابة (البيع) يعنى اذا باع المريض داره بالفين الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشترى اد ثلثى جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه كما فى الهداية (وان كاتب حر عن عبد بالف وادى الحر الالف (عتق) ولا يرجع الحر به) اى بالالف (عليه) اى على العبد لكونه متبرعا ذلم بأمره بذلك صورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم سواء شرط العتق بادائه بان قال ان اديت اليك فهو حر اولم يقل ذلك فكاتب المولى ثم ادى الحر الالف يعتق فى الصورتين اما فى الاولى فبحكم الشرط واما فى الثانية فلعدم توقف الكتابة المذكورة على قبول الغائب فيما ينفعه وهو صحة اداء الحر القابل بعقد الكتابة استحسانا وفى القياس لا يعتق لان الشرط معدوم والعقد موقوف على قبول العبد الغائب فيما يضره وهو وجوب البدل عليه والموقوف لا حكم له (وان قبل العبد) حين بلوغ الكلام اليه قبل اداء الحر (فهو) اى العبد (مكاتب) لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة وانما قلنا قبل ادائه لانه ان قبل بعد اداء الحر فلا يكون فى حكم المكاتب لوجود الحرية قيل ان قال العبد لا قبله ثم ادى القابل لا يعتق لان العقد ارتد برده (وان كاتب) المولى (عبدا عن نفسه وعن آخر غائب) بان قال الحاضر لمولاه كاتبنى بالف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب فكاتبهما (فقبل) العبد الحاضر (صح) عقد الكتابة والقياس ان لا يجوز الا عن نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر اضاف العبد الى نفسه ابتداء فجعل نفسه اصيلا والغائب تبعا فيصح كامة كوتبت دخل اولادها تبعا حتى عتقوا بادائها ولا يلزم عليهم من البدل شئ (وقبول الغائب ورده لغو) اذ لا يتوقف

في حقه (ويؤخذ الحاضر بكل البدل) لان كل البدل عليه (ولا يؤخذ الغائب بشئ) من البدل لكون العقد نافذا على الحاضر ولو اكتسب الغائب شيئا ليس للمولى ان يأخذه وليس له ان يبيعه من غيره ولو ابرأه المولى او وهبه مال الكتابة لايصح لعدم وجوبه عليه ولو ابرأ الحاضر او وهبه له عتقا جميعا ولو اعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته من البدل وان اعتق الحاضر او مات سقطت حصة الحاضر وادى الغائب حصته حالا والارد قنا (وايهما) اى اى واحد من الاثنين وهما الحاضر والغائب (ادى) بدل الكتابة (اجبر المولى على القبول) اى على قبول المدفوع اليه اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه (وعتقا) اى الحاضر والغائب جميعا لوجود شرط حقهما وهو اداء بدل الكتابة (ولا يرجع احدهما على الآخر) بما ادى الى المولى من بدل الكتابة اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه واما الغائب فلانه ادى بغير امره (وكذا لو كاتبهما معا) اى لو كاتب عبديه كتابة واحدة ان اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق ولا يعتقان الا باداء الجميع لان الكتابة واحدة وشرطها فيهما معتبر وايهما ادى اجبر المولى على القبول وعتقا (ولا يعتق احدهما باداء حصته) لانهما كشخص واحد (بخلاف ما لو كانا) اى العبدين (لاثنين) اى لرجلين وكاتبهما كذلك فكل واحد منهما مكاتب لحصته يعتق بادائها لان كل واحد من السيدين انما استوجب البدل على مملوكه ويعتبر شرطه في مملوكه لا في مملوك غيره بخلاف المسئلة الاولى لان شرطه معتبر في حقهما لانهما مملوكان كما في الاختيار (ولو عجز احدهما) في المسئلة الاولى فرد الى الرق اما بقضاء او برده القاضي ولم يعلم الآخر (ثم ادى الآخر الكل عتقا) جميعا لما مر انهما كشخص واحد ولو ذكر هذه المسئلة عقيب الاولى لكان اوضح وانسب تدبر (وان كانت امة منها وعن) ولدين (صغيرين لها جاز) العقد استحسانا اذا قبلت الامة (واى) واحد من الثلثة وهم الام والابنان (ادى اجبر المولى على القبول وعتقوا) لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا ولو اعتق المولى الام بقي عليهما من بدل الكتابة بحصتهما يؤديانه في الحال ويطالب المولى الام بالبدل دونهما ولو اعتقهما سقط عنها حصتهما وعليها الباقي على نجومها كما مر في كتابة الحاضر والغائب (ولا يرجع على غيره) بشئ لكونه متفعا بالاداء ومتبرعا في حق الغير

﴿ باب كتابة العبد المشترك ﴾

بين الاثنين ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد (ولو اذن احد الشريكين في عبد للآخر ان يكاتب حصته منه) اى من العبد (بالف) درهم (وقبض البدل) اى بدل الكتابة (ففعل المأذون) اى كاتب الشريك المأذون (وقبض البعض) اى بعض البدل (فعجز المكاتب) عن اداء باقيه (فالمقبوض) من البدل (للقابض خاصة) عند الامام لان الكتابة متجزية على قوله لافادتها الحرية يدا فيكون مقتصرا على نصيبه ودالاعلى اذن للعبد بالاداء اليه فيكون متبرعا في نصيبه على القابض فيكون كل المقبوض له (وقالا هو) مكاتب (بينهما) وما ادى فهو بينهما لان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لان الكتابة لا تتجزى عندهما كالحرية فيكون القابض اصيلا في بعض مقبوضه ووكيلا في بعضه لشريكه فيصير المقبوض مشتركا بينهما بعد العجز كما كان مشتركا قبل العجز (امة) مشتركة (لرجلين كاتباها فاتت بولد فادعاه احدهما) اى ادعى احد الشريكين الولد (ثم اتت باخر) اى بولد آخر (فادعاه) اى الشريك (الآخر فعجزت) الامة عن اداء البدل (فهي) اى الامة (ام ولد) الشريك (الاول) لان دعوته صحيحة لقيام ملكه وكون استيلاده غير متجز الا ان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة وكذا

دعوة الاخر صحيحة في ولدها الثاني مادامت الامة باقية على الكتابة لقيام ملكه ثم ان الكتابة لما جعلت كأن لم تكن بسبب العجز وقع وطئ الاخر حقيقة في ام ولد الغير وظهر ان كل الامة ام ولد للاول لزوال الكتابة المانعة من الانتقال ولتقدم وطئه (وضمن) الاول للثاني (نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (و) ضمن (نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (و) ضمن (الثاني) للاول (تمام عقرها) لانه وطئ ام الولد الغير حقيقة (و) ضمن (قيمة الولد) الثاني (وهو اى الولد الثاني (ابنه) اى ابن الثاني لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه وحر بالقيمة كما عرف في موضعه (وايهما) اى اى واحد من الشريكين (دفع العقر اليها) اى الى المكاتبة (قبل العجز جاز) دفعه لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت ترد الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها هذا كله عند الامام (وعندهما) كل الامة ام ولد للاول حين ادعائه لان تكميل امومية الولد واجب بالاتفاق فيما امكن بناء على ان استيلاد المكاتبة غير متجز والتكميل ممكن بسبب فسخ الكتابة بالاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة فينتقل نصيب الثاني الى الاول كما ينتقل بفسخ الكتابة بالعجز (لا يثبت نسب الولد) الثاني (من الثاني) لان وطئ الثاني صادف ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه (ولا يضمن) الثاني (قيمته) اى قيمة الولد ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما (وحكمه) اى حكم الولد (كامه) يعني يكون تابعا لامه في الاستيلاد (ويضمن تمام العقر) لان الحد لا يعرى عن احد الغرامتين والحد مندرئ للشبهة فيتحقق الغرامة (ويضمن الاول) للاخر (نصف قيمتها مكاتبة عند ابي يوسف) لانه يملك نصيب شريكه وهو مكاتب سواء كان موسرا او معسرا لانه ضمان التملك (و) يضمن (الاقل منه) اى من نصف قيمتها ومن نصف (ما بقي من البدل) اى بدل الكتابة (عند محمد) لان حق الاخر في نصف الرقبة نظرا الى العجز وفي نصف البدل نظرا الى الاداء فللتردد يلزم اقلهما لتيقنه واذا انفسخت الكتابة في حصة الشريك عندهما قبل العجز فكلها مكاتبة للاول بنصف البدل عند الشيخ ابي منصور وبكل البدل عند عامة المشايخ (ولو لم يطأ الثاني) الامة المكاتبة المشتركة بعد استيلاد الاول (بل دبرها فعجزت) عن الكتابة (بطل التدبير) بالاجماع لان الاول تملك نصيب شريكه بالعجز من وقت وطئه على مذهب الامام او تملك كلها بالاستيلاد قبل العجز على مذهبهما فالتدبير يقع في ملك غيره (وهي) اى الامة (ام ولد الاول) لزوال الكتابة المانعة بالعجز وللزوم استكمال الاستيلاد (والولد له) اى للاول لصحة دعوته (وضمن) الاول لشريكه (نصف قيمتها) لتملكه بالاستيلاد (ونصف عقرها) لوقوع الوطئ في المشتركة (ولو اعتقها احدهما) اى اعتق احد الشريكين الامة المكاتبة المشتركة حال كونه (موسرا فعجزت) عن الكتابة (ضمن المعتق) لشريكه (نصف قيمتها ويرجع) المعتق (به) اى بما ضمنه (عليها) اى على الامة لان الساكت عن التحرير يضمن المحرر وهو ايضا يضمنها عند الامام (خلافا لهما) اى قالا لا يرجع عليها اذ بالعجز صارت كانها لم تزل عن القنة وهذا الخلاف على ما مر ان الساكت اذا ضمن المعتق يرجع عنده لا عندهما (وان لم تعجز) الامة عن اداء البدل حال كون المعتق موسرا (فلا ضمان) عند الامام اذ بالاعتاق لم يتغير نصيب الساكت بناء على ان الاعتاق متجز عنده وهي مكاتبة قبل الاعتاق (وعندهما يضمن الموسر وتجب السعاية في المعسر) لان الاعتاق لما كان لا يتجزى عندهما يعتق الكل فان كان المعتق موسرا يضمن للساكت قيمة نصيبه من المكاتبة وان كان معسرا تسعى الامة لان ضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار كما بين في موضعه (ولو دبر احد الشريكين ثم اعتق الاخر) حال كونه (موسرا ضمنه المدبر) بكسر الباء يعني للمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته ان شاء (او استسعى العبد او اعتقه) اى خير المدبر بين الثلاثة عند

الامام (وان معسرا) اى ان اعتقه احد الشريكين ثم دبره الاخر (فالمدبر) بالكسر (يعتق او يستسعى) ولا يضمن عند الامام ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر فتثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء المعروف من مذهبه واذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه و يضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته قنا كما في الهداية (وعندهما ان دبر الاول ضمن نصف قيمته موسرا او معسرا) لانه ضمان تملك فلا يختلف بهما (وعتق الاخر لغو) لان التدبير لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير و يضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن (وان اعتق الاول ضمن) لشريكه نصف قيمته (و) كان (موسرا او استسعى العبد) او كان (معسرا) لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما (وتدبير الاخر لغو) لان الاعتاق لا يتجزى فعتق كله فصادف التدبير الملك وهو يعتمد

﴿ باب العجز والموت ﴾

اى موت المكاتب وموت المولى تأخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة (اذا عجز المكاتب عن نجم) اى مكاتب عجز عن اداء وظيفة مقطوعة من بدل الكتابة اعلم ان النجم في الاصل الطالع ثم سمى به الوقت ثم الوظيفة التى تؤدى في ذلك الوقت للملابسة بينهما (فان رجى له حصول مال) بان كان له دين على الناس او مال يرجى قدومه (لا يعجل الحاكم بتعجيزه و يمهل يومين او ثلاثة) ايام نظرا للجانبين والثلاثة هى المدة التى ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء وكشرط الخيار ونحو ذلك فلا يزاد عليه (والا) اى وان لم يرج له حصول مال (عجزه) الحاكم (وفسخ الكتابة ان طلب سيده او عجزه سيده برضاه) اى برضاء المكاتب وان لم يرض به العبد فلا بد من القضاء بالفسخ عند الطرفين لان الكتابة عقد لازم تام فلا يفسخ الا بالقضاء او الرضاء كما في الرجوع عن الهبة وفي بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ كما في الكافي وللمولى حق الفسخ في الكتابة الفاسدة بلا رضاء العبد وللعبد حق الفسخ ايضا في الجائزة والفاسدة بغير رضاء المولى كما في التنوير (وعند ابى يوسف لا يعجزه) اى لا يحكم الحاكم بعجزه (ما لم يتوال عليه نجمان) لقول على رضى الله تعالى عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد الى الرق والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولهما ما روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ان مكاتبة له عجز عن نجم فرده الى الرق ولان المقصود بالعقد من جانب المولى تعيين المسمى عند انقضاء النجم الاول وانه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد اخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة في المبيع وفي المضمرات ان الصحيح قولهما (واذا عجز) المكاتب (عادت اليه احكام رقه) لان فك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد (وما في يده) من الاكتساب (لمولاه) لانه ظهر انه كسب عبده بسبب عجزه (ويحل) ما في يد المكاتب (له) اى للمولى (ولو) وصلية كان (اصله من صدقة) ولم يكن المولى مصرفا للصدقة زكوة كانت او غيرها لانه اخذه عوضا عن العتق زمان الاخذ والمكاتب قد اخذه صدقة وهو من المصارف ومن الاصول المقررة ان تبدل الملك قائم مقام تبدل الذات اخذا لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة رضى الله عنها هى لك صدقة ولنا هدية كما مر وفي المنح ولا فرق على الصحيح بين ما اداه الى المولى ثم عجز او عجز قبل الاداء وفي العناية تفصيل فليراجع (وان مات) المكاتب (عن وفاء) اى ان مات وله مال يفي ببدل الكتابة (لا تفسخ) الكتابة (ويؤدى بدلها) اى بدل الكتابة (من ماله و يحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حيوته و يورث ما بقى من ماله

وهو قول علي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما وبه اخذ علماؤنا لان الكتابة عقد معاوضة فلا تبطل بموته كما لا تبطل بموت مولاه اذ المعاوضة تقتضي المساواة قال الجمهور ان المكاتب يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته لان بدل الكتابة هو سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء الى ما قبله فيجعل اداء نائبه كادائه ولان بدل الكتابة يقام في آخر عمره مقام التخلية وهي الاداء فيكون المولى مستحقا عليه قبل الموت وقال البعض ان المكاتب يعتق بعد الموت وقال زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه تفسخ الكتابة بموت المكاتب كما اذا لم يترك مالا وافيا وبه اخذ الشافعي لفوات المحل (ويعتق اولاده الذين شراهم) في كتابته (او ولدوا في كتابته) قوله في كتابته متعلق بقوله شراهم وولدوا على التنازع حتى او ولدوا قبل الكتابة لا يتبعون ولا يعتقون الا ان يكونوا صغيرين وعن هذا قال (او) اولاده الذين (كوتبوا معه تبعا) بان يكونوا صغيرين (او قصدا) بان يكونوا كبيرين ولكن كوتبوا معه لان الصغيرين يتبعون الاب في الكتابة والكبيرين يجعلون مع الاب كشخص واحد فيعتقون ويرثون اما لو كان الاب والولد مكاتبين بعقد على حدة يعتق من وقت اداء بدل الكتابة مقصورا عليه ولا يرث لانه مقصود بالكتابة كما في شرح الوقاية لابن الشيخ (وان لم يترك وفاء) اي ان مات المكاتب ولم يترك مالا يفي ببدل الكتابة (وله ولد ولد في كتابته سعى) الولد في كتابة ابيه كما كان يسعى ابوه (على نجومه) اي على نجوم ابيه المسقطة (فاذا ادى) الولد الكتابة (حكم بعتقه) اي بعتق الولد لانه داخل في كتابة ابيه فيعتق بعتقه (وعتق ابيه قبل موته) يعني في آخر جزء من اجزاء حيوته (والولد المشترى) اي الولد الذي اشتراه المكاتب في كتابته ومات (اما ان يؤدي البدل حالا او يرد في الرق) عند الامام لان حكم العقد لم يسر اليه لكنه اذا ادى في الحال فقد ظهر ان اباه مات عن وفاء وان الكتابة باقية وانه مات حرا (وعندهما هو) اي الولد المشترى (كالاول) اي كالمولود في الكتابة لكونه مكاتبا بتبعية الاب وبه قال مالك وفي التنوير اشترى المكاتب ابنه فمات عن وفاء ورثه ابنه (وان مات المكاتب وترك ولدا من) امرأة (حرة وترك دينا على الناس فيه وفاء) ببدل الكتابة (فجنى الولد فقضى) اي قضى القاضي (بارش الجناية على عاقلة الام لا يكون ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لانها تقتضي الحاق الولد بموالي الام وايجاب الدية عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكم الكتابة لا يكون تعجيزا عنها (وان اختصم موالي الام و) مولى (الاب في ولائه فقضى به) اي قضى القاضي بالولاء (لموالي الام فهو قضاء بعجزه) اي المكاتب لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على مولى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه القضاء ولهذا كان تعجيزا وهذا كله فيما اذا مات المكاتب عن وفاء فاديت الكتابة او عن ولد فاداها اما اذا مات لا عن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا في بقاء الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع انسان باداء بدل الكتابة عنه لا تقبل منه وقال ابو الليث لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه في آخر حيوته كما في شرح الكنز للعيني (ولو جنى عبد فكاتبه سيده) حال كونه (جاهلا بجنايته) فعجز العبد عن الكتابة فالمولى بالخيار (ان شاء دفع) العبد بالجناية الى المجني عليه (او ان شاء فدى) العبد بالارش لانه الموجب لجناية العبد في الاصل ولو لم يكن عالما بالجناية حتى يصير مختارا للفداء ولهذا قيده بكونه جاهلا لكن الكتابة مانعة للدفع فاذا زال المانع عاد الحكم الاصلي (وكذا الحكم لو جنى المكاتب فعجز) عن الكتابة (قبل القضاء به) اي بموجب الجناية لانه لما عجز صار قنا وحكم جناية القن يخير فيه المولى بين الدفع والفداء على ما عرف في موضعه (ولو) عجز (بعد ما قضي عليه) اي

على المكاتب (به) اى بموجب الجناية فى حال كتابته فعجز (فهو) اى موجب الجناية (دين) عليه (ويباع) العبد (فيه) لانتقال الحق من رقبته الى قيمته بالقضاء هذا عندنا لما مر من ان الاصل فى جناية العبد وجوب الدفع الا اذا تعذر التسليم او وجود المانع من الانتقال من ملك الى ملك وهو قابل للفسخ والزوال فيكون المانع مترددا فلم يثبت الانتقال الا بالقضاء او بالرضاء او بالموت عن الوفاء بخلاف التدبير والاستيلاد لان المانع لايقبل الانتقال فوجبت القيمة بلا توقف وعند زفر وهو قول ابى يوسف اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء لان المانع من الدفع قائم وقت وقوع الجناية وهو الكتابة فوجبت القيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وام الولد وفى الدرر اقر المكاتب بجناية خطأ لزمته وحكم بها عليه لان جنايته مستحقة فى كسبه وهو احق باكسابه فنفذ اقراره كالحر واذا لم يحكم عليه حتى عجز بطلت (ولا تنفسخ الكتابة بموت السيد) لان الكتابة من اسباب العتق والعتق حق المكاتب وكذا سببه حق له فلا تبطل بموت السيد كالتدبير وامومية الولد والدين والاجل اذا مات الطالب (ويؤدى المكاتب البدل الى ورثته) اى الورثة سيده (على نجومه) لان النجوم حقه لانه اصل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالاجل فى الدين هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لايصح تأجيله الا من الثلث (فان اعتقه) اى العبد المكاتب (بعضهم) اى بعض الورثة (فى مجلس و) اعتقه (الاخر فى) مجلس (آخر لاينفذ) عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لاينتقل من ملك المورث الى ملك الوارث كما لايملك بسائر اسباب الملك ولا تسقط حصته من البدل عندنا خلافا للشافعى وقيل يعتق اذا اعتقه الباقون مالم يرجع الاول (وان اعتقوه) اى جميع الورثة فى مجلس واحد (كلهم عتق) العبد المكاتب (مجانا) والقياس ان لايعتق لعدم ملكهم وجه الاستحسان انه يجعل ابراء عن بدل الكتابة اقتضاء تصحيحا للعتق كما اذا ابرأه المولى عن كل بدل الكتابة وفى التنوير مكاتب تحته امة طلقها ثنتين فملكها لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره كاتبا عبدا كتابة واحدة وعجز المكاتب لايعجزه القاضى حتى يجتمعا

﴿كتاب الولاء﴾

اورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وهو لغة القرابة وشرعا قرابة حكمية حاصلة من العتق او من الموالاة وهى المتابعة لان فى ولاء العتاقة ارثا يوالى وجود الشرط وكذا فى ولاء الموالاة وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة بالعتق ولو بمال او بالعقد والوعد ولو كافرا فالولاء عبارة عن النصرة بالعتق او بالعقل فيه شرعا عند عدم المانع من الارث وفى التنوير هو عبارة عن التناصر بولاء العتاقة او بولاء الموالاة ومن آثاره الارث والعقل (الولاء لمن اعتق) وهو لفظ الحديث اخرجه الائمة الستة عن عائشة الصديقة رضى الله تعالى عنها عن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم الولاء لمن اعتق يعنى اعتق مملوكه ذكرا كان او انثى فولاؤه له ولذا قال الجمهور سبب هذا الولاء الاعتاق والاصح ان سببه العتق على ملكه لانه يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والاضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق من جهته والحديث لاينافى ان يكون العتق على الملك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لامحالة وتخصيصه به خرج مخرج الغالب (ولو) وصلية (بتدبير) بان دبر عبده فمات وعتق من ثلثه (او استيلاد) بان استولد جارية ومات عتقت من جميع ماله (او كتابة) بان كاتب عبده وادى بدل الكتابة فعتق (او وصية او ملك قريب) بان ملك اباه او ابنه بشراء او هبة او نحو ذلك فعتق عليه وذلك لاطلاق الحديث قال صدر الشريعة فان قيل كيف يكون الولاء فى التدبير والاستيلاد للسيد والمدبر وام الولد انما يعتقان بعد موت السيد قلنا صورته ان يرتد السيد ويلحق بدار الحرب حتى يحكم بعتق مدبره وام ولده ثم جاء مسلما فان مدبره او ام ولده فالولاء له انتهى وفيه كلام لان الغرض اثبات الولاء للسيد فى جميع

المواد كما يدل عليه تصوير المسئلة فالجواب ان يقال ان الولاء يثبت ابتداء للمولى ثم ينتقل الى ورثته فيستقيم الكلام فى المكاتب الذى ادى البدل بعد موت السيد الى الورثة وكذا فى العبد الموصى بشرائه ثم اعتقه وغيرهما تدبر (وانما شرطه لغيره اوسائبة) يعنى لو اعتق العبد وشرط الولاء لغيره اوشرط ان يكون معتقا ولاء ولاء بينهما و يرثه غيره كان الشرط لغوا لانه مخالف للشرع فيرثه كما فى النسب اذا شرط ان لا يرثه وما فى شرح الوقاية لصدر الشريعة من ان ذلك شرط مخالف لمقتضى العقد مقام النص سهو من قلم الناسخ تدبر (ومن اعتق) امة (حاملا من زوج قن) للغير (فولدت) الامة الحامل ولدا بعد عتقها (لاقل من نصف سنة فولاء الولد له) اى لمولى الام (لاينتقل) ولاء الحمل (عنه) اى عن مولى الام الى مولى الاب ان اعتق ابوه (ابدا) لانها لما اعتقت وتيقن وجود الحمل فى ذلك الوقت عتق حملها مقصودا لانه جزؤها فلا ينتقل من مواليها الولاء على التأبيد لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق (وكذا لو ولدت) الامة المذكورة ولدين (توأمين احدهما) اى ولادة احدهما (لاقل من نصفها) اى من نصف السنة من وقت الاعتاق والاخر لاكثر منه و بين الولدين اقل من ستة اشهر فولاؤهما لمولى الام ابدا بلا نقل عنه الى مولى الاب ان اعتق الاب لان التوأمين مخلوقان من ماء واحد فيعتقان معا بالاعتاق المزبور اوكان ما بين الولدين اقل من اقل مدة الحمل (وان ولدت) الامة المزبورة ولدا بعد عتقها (لاكثر من ذلك) اى من نصف سنة (فولاؤه) اى الولد (له) اى لمولى الام ايضا لان الولد جزؤها فيتبعها فى الصفات الشرعية الا يرى انه يتبعها فى الحرية والرق فكذا فى الولاء عند تعذر جعله تبعا للاب لرقه (لكن ان عتق الاب) والولد حى (جره) اى جر الاعتاق الولاء (الى مواليه) اى يجر الاب ولاء ابنه من مولى الام الى قوم نفسه لان الولاء لحمة كلحمة النسب ثم النسب من الآباء وكذا الولاء وانما يكون من الامهات للضرورة وقد زالت بالعتق فينتقل الى موالى الاب كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام اذا اكذب نفسه ينتقل الى الاب لزوال المانع فان مات مولى الاب قبل الولد بعد اعتاق الاب لا يكون مولى الام وارثا بذلك الولاء كما قال ابن كمال الوزير فى شرح الفرائض وفى التبيين هذا اذا لم تكن معتدة فان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى موالى الاب لانه كان موجودا عند عتق الام ولهذا ثبت نسبه من الزوج (ولا يرجع الاولون عليهم بما عقلوا عنه قبل الجر) اى لو تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على مولى الام لا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانه حين عقل عنه قوم الام كان النسب ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه هو العتق فلا يرجعون به (ولو تزوج اعجمى) حر الاصل (له مولى موالاة و لا معتقة) سواء كانت معتقة العرب او العجم وما وقع فى القدورى وهو من تزوج من العجم بمعتقة العرب اتفاقى (فولدت) ولدا (منه) اى العجم (فولاء الولد لمواليها) اى موالى الام عند الطرفين (وعند ابى يوسف حكمه) اى حكم الولد (حكم ابيه) فيكون الولاء لموالى ابيه لا لمواليها لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام اشرف لكونه اقوى وبه قالت الائمة الثلاثة ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر والنسب بين العجمين ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم ولا تفاخر لهم به وكذا ولاء الموالاة ضعيف والضعيف لا يعارض القوى قيد بالاعجمى لان اباه ان كان عربيا يكون ولاؤه لموالى ابيه اتفاقا لشرف نسبه وقيدنا بحر الاصل لان الابوين لو كانا معتقين فالنسبة الى قوم الاب اتفاقا لانهما استويا والترجيح لجانب الاب وقيد بمولى الموالاة لانه لو كان مولى عتاقة فولاؤه لموالى ابيه اتفاقا وفصل صاحب الدرر فى هذا المحل وحاصله ان الام اذا كانت حرة الاصل بمعنى عدم الرق فى اصلها فلا ولاء على ولدها لانه كما لا ينتقل عنه الولاء فى المسئلة الاولى وهى قوله ومن اعتق حاملا الخ فلان لا ينتقل عند كونها

حرة الاصل بالطريق الاولى ويوافق ماذكر فى البدايع والتكملة ومختصر المحيط من اشتراط
عدم كون الام حرة اصلية فى ثبوت الولاء واما ما فى المنية وان كان المتبادر منه المخالفة لكنه لامخالفة
فى الحقيقة على ما حقق فى الدرر وذهب البعض الى ثبوته عند كون الام حرة اصلية ومن علماء هذه
الدولة من افتى على الثبوت ومنهم من على خلافه والمولى ابو السعود افتى اولا على الثبوت ثم رجع
وافتى على خلافه وثبت عليه كما فصل فى حاشية عزمى زاده على الدرر وموجب ما يقتضيه الاصول
عدم الثبوت لان الولاء يتفرع على زوال الملك وهو على ثبوته وثبوته فى الولد من جانب الام البتة
واذا كانت حرة اصلية كيف يتصور الملك على الولد وينبغى ان يتنبه ان لفظ حر الاصل
يستعمل فى معنيين عدم جرى الرق على النفس من حين العلوق مع جريه على الاصل وعدم
جريه على الاصل ابدا والاختلاف انما هو على المعنى الثانى واما على الاول فلا نزاع فى الثبوت
ومرجع مسائل الولاء الى هذه الصور وهى ان الولد اما ان يكون امه حرة اصلية بهذا المعنى
اولا وحينئذ اما ان تكون معتقة حال الحمل من قن ولدت لاقل من نصف سنة اولا وحينئذ
اما ان يكون ابوه رقيقا اولا وحينئذ اما ان يكون حر الاصل بهذا المعنى اولا فان كان فاما ان
يكون عربيا اولا فهذه ست صور ففى الاولى والخامسة لا ولاء اصلا والثانية والثالثة الولاء لقوم
الام وفى الرابعة لقوم الاب وفى السادسة لقوم الام عند الطرفين خلافا لابى يوسف وفى قول
المصنف من اعتق حاملا الى آخره دلالة الى الاولى والثانية وفى قوله وان ولدت لاكثر الى
آخره الى الثالثة والرابعة وقوله او تزوج اعجمى الى الخامسة والسادسة تتبع (والمعتق) عصبة
سببية (مقدم على ذوى الارحام) وهو من لا فرض له ويدخل فى نسبته الى الميت انثى (مؤخر عن
العصبة النسبية) سواء كان عصبة بنفسه او بغيره او مع غيره وكذا مقدم على الرد على ذوى
السهام وهو آخر العصبات وهو قول على رضى الله تعالى عنه وبه اخذ علماء الامصار وسيأتى
فى الفرائض ان شاء الله تعالى (فان مات السيد ثم) مات (المعتق) ولا وارث له من النسب
(فارثه) اى ارث المعتق (لاقرب عصبة سيده) على الترتيب المعروف فى علم الفرائض (فيكون
ارثه (لابنه) اى ابن السيد (دون ابيه او اجتمعا) عند الطرفين لان الجزء اقرب وهو اختيار
سعيد بن المسيب ومذهب الشافعى فى القول الاول (وعند ابى يوسف لابيه السدس والباقى
للابن) وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه وبه قال الشريح والنخعى
لان الولاء كله اثر الملك فيلحق بحقيقة الملك ولو ترك المعتق مالا وترك ابا وابنا كان لابيه سدس ماله
والباقى لابنه فكذا اذا ترك ولاء والجواب انه وان كان اثر الملك لكنه ليس بمال ولا له حكم المال
كالقصاص الذى يجوز الاعتياض عنه بالمال فلا يجرى فيه سهام الورثة بالفرضية كما فى المال
بل هو سبب يورث به بطريق العصوبة فيعتبر الاقرب فالاقرب ولو ترك المعتق ابن المعتق وجده فالولاء
كله للابن بالاتفاق ولو ترك جد المعتق واخاه فالولاء للجد عند الامام وعندهما الولاء بينهما نصفان
(وعند استواء القرب) كما اذا ترك المعتق ابنى اخوى معتقه (تستوى القسمة) لاستواء الاستحقاق
(وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن الحديث)
اى اقرأ الحديث الى آخره وآخره او دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن
وسيأتى تمامه فى الفرائض ان شاء الله تعالى وفى شرح الكنز للعينى هذا حديث منكر
لا اصل له وانما المروى عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم فاخرج البيهقى عن على
وابن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهم انهم لا يرثون النساء من الولاء الا ما اعتقن
او اعتق من اعتقن وتمامه فيه فليطالع ثمة وفى المنح او مات المعتق ولم يترك الا ابنة معتقه
فلا شئ لها فى ظاهر الرواية وتوضع تركته فى بيت المال وافتى بعض المشايخ بدفع المال اليها

لابطريق الارث بل لانها اقرب الناس الى الميت فكانت اولى من بيت المال وليس فی زماننا بيت المال انتهى وفی التنوير اذا ملك الذمی عبدا فان عتقه فولاؤه له كالنسب ولواعتق حربی فی دار الحرب عبدا حربيا لايعتق الا ان يخلى سبيله فان خلاه عتق ولاولاء له وله ان يوالی من شاء ولودخل مسلم فی دار الحرب فاشترى عبدا ثمه واعتقه بالقول عتق ولوكان العبد مسلما فاعتقه مسلم او حربی فی دار الاسلام فولاؤه له

❊ فصل ❊

هذا الفصل لبيان ثانی نوعی الولاء كما فی الاصلاح وجه تأخيره عن ولاء العتاقة ظاهر (ولاء الموالاة سببه العقد) ولهذا يضاف الى الموالاة وهی العقد والاصل فی الاضافة اضافة المسبب الى السبب كما يضاف الولاء الى العتاقة لان سببه العتق (فلواسلم اعجمی) مجهول النسب وانما شرط كونه اعجميا لان تناصر العرب بالقبائل فاغنى عن الولاء وانما شرطنا كونه مجهول النسب لان من عرف نسبه لايجوز ان يوالی غيره كما فی الدرر وغيره قال ابن كمال الوزير واما كونه مجهول النسب فليس بشرط وفی شرح المجمع لابن ملك وهو المختار (على يد رجل ووالاه) بان قال انت مولای ترثنی اذا مت وتعقل عنی اذا جنيت فيقبل الاخر فذلك عقد صحيح واشار اليه بقوله (على ان يرثه) ای الرجل اذا مات هو (وان يعقل) الرجل (عنه) ای عن الذی اسلم على يده ای يؤدی الجناية عنه اذا جنى (اووالى غير من اسلم على يده) معناه انه اسلم على يد رجل ووالى غيره (صح) هذا العقد (ان لم يكن معتقا) فانه اذا كان معتقا لم يصح عقد الموالاة لقوة ولاء العتاقة وكذا يصح لووالى صبی عاقل باذن ابيه اووصيه لان الصبی من اهل ان يثبت له ولاء العتاقة اذا ثبت نسبه بان ملك قريبه او كاتب ابوه اووصيه عبده وعتق كان ولاؤه له فجاز ان يثبت له ولاء الموالاة اذا صدر عنه عقدها بالاذن كما لووالى العبد باذن سيده آخر فانه يكون وكيلا من سيده بعقد الموالاة (و) اذا صح يكون (عقله) ای جنايته (عليه) ای على المولى الذی اسلم على يده ووالاه اوالذی والاه وكان قد اسلم على يد غيره (وارثه له) ای ميراثه للذی والاه اذا مات (ان لم يكن له وارث) من النسب (وهو) ای القابل للموالاة (مؤخر عن ذوی الارحام) لان ذوی الارحام يرثون بالقرابة وهی اقوى وآكد من الولاء لانها لاتقبل النقض والولاء يقبله بخلاف الزوجين حيث يرث معهما لانهما بعد الموت كالاجانب ولهذا لايرد عليهما فاذا اخذ حقهما صار الباقی خاليا عن الوارث فيكون لمولى الموالاة وعند الائمة الثلاثة لايصح عقد الموالاة اصلا ويوضع ماله فی بيت المال لان سبب الارث الفرض والتعصيب ولهذا لاميراث لذوی الارحام عندهم ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم الى آخره ونقل عن ائمة التفسير ان المراد الصفقة لاالقسم اذ العادة ان يأخذ كل واحد من المتعاقدين بيمين صاحبه عند العقد (ومالم يعقل عنه) اوعن ولده (فله) ای لمن والى (ان يفسخه) ای ولاء الموالاة بغير رضاء صاحبه (قولا) بان قال فسخت عقد الموالاة معك لانه عقد تبرع فلايكون لازما (بحضرته) ای بحضرة صاحبه لانه عقد واقع منهما فلاينفسخ احدهما الا بحضرة صاحبه كالمضاربة والشركة (وفعلا مع غيبته) ای غيبة صاحبه (بان ينتقل عنه الى غيره) بان والى رجلا آخر فيكون فسخا للعقد مع الاول ولايلزم من ذلك حضور صاحبه لثبوت الانفساخ فی ضمن العقد الثانی مع الاخر فصار كالعزل الحكمی فی الوكالة وكل من الفسخين مالم يعقل عنه (وبعد ان عقل) الاعلى (عنه اوعن ولده لاينفسخ) ای عقد الموالاة (هو) ای الاسفل (ولا ولده) لتعلق حق الغير به لحصول المقصود به ولاتصال القضاء به (وللاعلى ايضا) ای كالاسفل (ان يبرأ عن ولائه) ای الاسفل (بحضره) ای الاسفل لعدم اللزوم الا انه يشترط فی هذا ان يكون بحضر من الاخر (ولواسلمت امرأة فوالت) رجلا بشروطها (اواقرت بالولاء) ای اقرت انها موالاة لانسان (فولدت) ولدا (مجهول النسب) ای لايعرف له اب (اوكان معها ولد صغير كذلك) ای كان الصغير مجهول النسب كذلك

صح اقرارها على نفسها (و تبعها فيه) اى تبع الولد امه فى الولاء و يصير مولى فلان عند الامام (خلافا لهما) اى قالا لايتبعها ولدها فى الصورتين لان الام لاولاية لها على مال الصغير فلا يكون لها ولاية على نفسه وله ان الولاء بمنزلة النسب فيكون نفعا محضا فى حق الصغير المجهول النسب فتملكه الام كقبول الهبة ولو اقر رجل انه معتق فلان فكذبه المقر فى الولاء له اصلا وقال لا بل والبنى فاقر المقر لغيره والولاء لايصح عند الامام وعندهما يصح

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قبل الموالاة تغير حال المولى الاعلى عن حرمة اكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حله كان الاكراه تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة (هو) لغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه والكره بالفتح اسم منه (فعل يوقعه الانسان بغيره يفوت به) اى بذلك الفعل (رضاه) اى رضاء ذلك الغير فقط بدون فساد اختياره كالحبس مثلا (او يفسد اختياره) مع تحقق عدم الرضاء ايضا كالتهديد بالقتل مثلا وفى الدرر ان عدم الرضاء معتبر فى جميع صور الاكراه واصل الاختيار ثابت فى جميع صوره لكن فى بعض الصور يفسد الاختيار وفى بعضها لايفسده اقول هذا هو المسطور فى كتب الاصول والفروع حتى قال صدر الشريعة فى التنقيح وهو اما ملجئ بان يكون بفوت النفس او العضو وهذا معدم للرضاء مفسد للاختيار واما غير ملجئ بان يكون بحبس او قيد او ضرب وهذا معدم للرضاء غير مفسد للاختيار فلا يصح ما قال فى الوقاية وهو فعل يوقعه بغيره فيفوت به رضاه او يفسد اختياره فان فيه جعل قسم الشئ قسيماله انتهى لكن يمكن دفعه بان القسم الاول الرضاء فقط والقسم الثانى الرضاء مع الاختيار وقال فى الاصلاح وهذا ظاهر بقرينة المقابلة فمن وهم ان فيه جعل قسم الشئ قسيماله فقد وهم وفى القهستانى ان الاكراه لم يتحقق مع الرضاء وهذا صحيح قياسا واما استحسانا فلا لانه لو هدد بحبس ابيه او ابنه او اخيه او امه او زوجته او واحد من محارمه ولا دا كبيع او هبة او غيره كان اكراها استحسانا فلا ينفذ شئ من هذه التصرفات و ينفذ قياسا لان هذا ليس باكراه حقيقة (مع بقاء اهليته) اى الاكراه بقسميه الصحيح الاختيار وفاسده لاينافى اهلية الوجوب والاداء لانها ثابتة بالذمة والعقل والبلوغ والاكراه لايخل بشئ منها الا ترى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة ومرة يأثم ومرة يثاب كما فى القهستانى (وشرطه) اى شرط الاكراه مطلقا اربعة الاول (قدرة المكره) بكسر الراء (على ايقاع ما هدد به سلطانا كان او لصا) هذا عندهما لان كل متغلب قادر على الايقاع وعند الامام لا اكراه الا من السلطان لان القدرة لاتكون بلا منعة والمنعة للسلطان قالوا هذا اختلاف عصر و زمان لا اختلاف حجة و برهان لان زمان الامام لم يكن فيه لغير السلطان من القدرة ما يتحقق منه الاكراه وزمانهما كان فيه ذلك فيتحقق الاكراه من كل متغلب لفساد زمانهما والفتوى على قولهما كما سيأتى و فى البزازية الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الاكراه و لم يذكرا الخلاف وسوق اللفظ يدل على انه على الوفاق وفى المنح تفصيل فليطالع وفى الظهيرية ان مجرد الامر من السلطان اكراه من غير تهديد (و) الثانى (خوف المكره) بالفتح (وقوع ذلك) اى ما هدد به الحامل بان ظن انه يوقعه والحامل اعم ان يكون حقيقيا كما اذا كان حاضرا او حكميا كما اذا كان غائبا ورسوله حاضر يخاف الفاعل منه خوف المرسل واما اذا غاب الرسول ايضا فلا اكراه كما سيأتى (و) الثالث (كونه) اى كون المكره (ممتنعا قبله) اى قبل الاكراه (عن فعل ما اكره عليه) وفى القهستانى اذ لو لم يمتنع عنه لم يكن اكراها لفوات ركنه وهو فوت الرضاء كما اشير اليه فى الاختيار وفيه دلالة على ان هذا الشرط مستدرك (لحقه) اى لحق نفسه كبيع ماله او اتلافه بلا عوض او اعتاق عبده ولو بمال او اجر اخروى (او لحق) شخص (آخر) كاتلاف مال آخر (او لحق الشرع) كشرب الخمر والزنا ونحوهما لان الاكراه لهذه الحقوق يعدم الرضاء لامتناعه قبل الاكراه (و)

الرابع (كون المكره به متلفا نفسا او عضوا) من الاعضاء (او موجبا غما يعدم الرضاء) لان من كان شريفا يغتم بكلام خشن فيعد مثل هذا فى حقه اكراها اذ هو اشد له من الم الضرب ومن كان رذيلا فلا يغتم بضرب مولم او بحبس شديد فلا يعد الضرب مرة بسوط ولا الحبس ساعة بل يوما فى حقه اكراها لكون الاشخاص متفاوتا ولذا قيد ما يوجب الغم باعدام الرضاء وفى المنح الاكراه بحق لا يعدم الاختيار شرعا كالعنين اذا اكرهه القاضى بالفرقة بعد مضى المدة الا ترى ان المديون اذا اكرهه القاضى على بيع ماله نفذ بيعه والذمى اذا اسلم عبده فاجبر على بيعه نفذ بيعه بخلاف ما اذا اكرهه على البيع بغير حق (فلو اكره على بيع) ماله (او شراء) سلعة (او اجارة) دار (او اقرار) اى على ان يقر لرجل بدين (بقتل) متعلق باكره بان قال افعله والا اقتلك (او) اكره على هذه الاشياء بنحو (ضرب شديد او حبس مديد) او قيد مؤبد (خير المكره بعد زوال الاكراه عنه (بين الفسخ) اى فسخ العقد الصادر و يرجع عن الاقرار لانعدام الشرط هو الرضاء بالاكراه سواء كان الاكراه ملجئا او غير ملجئ (والامضاء) لان العقد والاقرار يثبت الملك ولو باكراه و يمنع النفاذ الذى لا يكون فيه حق الاسترداد للعاقد لان هذا النفاذ يتوقف على العقد بالطوع (ويملكه) اى المبيع (المشترى ملكا فاسدا ان قبضه) اى اذا باع مكرها ثبت فيه الملك ان قبض المشترى المبيع عندنا وعند زفر والائمة الثلاثة لا يثبت لانه بيع موقوف والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا انه فات شرطه وهو الرضاء بعد وجود الركن فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك و بعض المشايخ جعلوا بيع الوفاء كبيع المكره وصورته ان يقول البايع للمشترى بعت هذا العين منك بدين لك على على انى متى قضيت دينى فهو لى و بعضهم جعلوه رهنا لا يملكه المشترى ولا ينتفع به واى شئ اكل من زوائده يضمن و يسترده عند قضاء الدين ولو استأجره البايع لا يلزمه الاجرة وسقط الدين بهلاكه و بعضهم جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع وفى النهاية وعليه الفتوى و بعضهم جعلوه بيعا باطلا وفى الكافى والصحيح ان العقد الجارى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ فى البيع عند اداء الدين فسد وان لم يذكرا وتلفظا بلفظ البيع بالوفاء او تلفظا بالبيع الجائز والحال ان عندهما اى فى زعمهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فانه يفسد حينئذ عملا بزعمهما وان ذكرا البيع من غير شرط و ذكرا الشرط على الوجه الميعاد جاز البيع و يلزمه الوفاء بالميعاد ثم فرع عليه بقوله (فلو اعتق) المشترى (صح اعتاقه) لكونه ملكه وكذا تصرفه فيه تصرفا لا يمكنه نقضه (ولزمه) اى المشترى (قيمته) لانه اتلف ما ملكه بعقد فاسد (وقبض) المكره (الثمن) من المشترى (او تسليم المبيع) للمشترى حال كونه (طوعا) اى طايعا قيد للمذكورين (اجازة) بالبيع اذ القبض والتسليم طايعا دليل الرضاء (لا فعلهما كرها) اى ان قبض الثمن وسلم المبيع مكرها لا ينفذ البيع لعدم الرضاء (ولا دفع الهبة طوعا بعد ما اكره عليها) اى اذا اكره على الهبة دون التسليم وسلم طوعا لا يكون اجازة لان غرض المكره انما هو استحقاق الموهوب له لا مجرد لفظ الهبة والاستحقاق لا يثبت فيها بدون التسليم فكان التسليم فيها داخلا فى الاكراه والاكراه فى البيع يثبت بنفس العقد ولم يكن التسليم فيه داخلا فى الاكراه فافترقا (فان هلك المبيع (فى يد مشتر غير مكره) بفتح الراء والبايع مكره (لزمه) اى المشترى (قيمته) اى قيمة المبيع للبايع المكره لكون العقد فاسدا فكان مضمونا عليه بالقيمة (وللبايع تضمين اى شاء من المكره) بكسر الراء (و المشترى) لان لكل واحد منهما دخلا فى هلاك ماله واحد منهما بالذات وواحد آخر بالواسطة (فان ضمن المكره) بالكسر لكونه فى حكم الغاصب لدفع مال المالك الى المشترى (رجع على المشترى بقيمته) لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت

وجود السبب بالاستناد (وان ضمن) البايع (المشترى) الاول من المشتريين بالقيمة (بعد ما تداولته البياعات) بان باعه المشترى من آخر وباع آخر من آخر ثم وثم وانما يلزم الضمان لكونه فى حكم غاصب الغاصب باخذه المال بواسطة من كان آلة للبايع ولهذا لا يرجع المشترى بما ضمن على المكره الذى كان واسطة وآلة للبايع (نفذ كل شراء وقع بعد شرائه) اى المشترى الاول لكونه مالكا بالضمان فظهر انه باع ملك نفسه وللبايع المكره ان يضمن من شاء من المشتريين فايهم ضمنه ملكه وجازت البياعات التى بعده (لا) ينفذ الشراء (ما) الذى (وقع قبله) اى قبل الضمان لعدم دخوله فى ملك غيره قبل التضمين حتى يملكه (وان اجاز) المالك المكره (عقدا منها) اى من هذه البياعات (جاز ما قبله) اى ما قبل هذا العقد (ايضا) اى كما جاز ما بعده ويأخذ هو الثمن من المشترى الاول لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة فعاد الكل الى الجواز وفى الضمان يثبت المستند الى حين القبض لا ما قبله (وله) اى المشترى (استرداده) اى الثمن (اذا فسخ) البيع (او) كان الثمن (باقيا) فى يد البايع والمكره لفساد البيع وان كان هالكا لا يؤخذ منه شيئا لكونه امانة فى يده لانه اخذه باذن المشترى واو ذكر هذه المسئلة عقيب قوله لا فعلهما كرها كما فى اكثر الكتب لكان انسب تتبع (وضرب سوط وحبس يوم ليس باكراه) فانه لا يبالى بمثله عادة فلا يعدم الرضاء وهو شرط لثبوت حكم الاكراه (الافى) اى فى حق من (يستضربه) اى بضرب سوط وحبس يوم (لكونه ذا منصب) فيكون مكرها بمثله لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضاء وفى المبسوط الحد فى الحبس الذى هو اكراه ما يجئ به الالم البين به وفى الضرب الذى هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس فى ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان المقادير لا يكون بالرأى ولكنه على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع اليه (وان اكره على اكل ميتة او) اكل (دم) ووقع فى الاصلاح او شرب دم لان الدم من المشروب لا من المأكول لكن يمكن التوفيق بان يكون مأكولا فيما اذا كان جامدا ومشروبا فيما اذا كان سايلا تدبر (او) اكل (لحم خنزير او) اكره على (شرب خمر بضرب او حبس او قيد لا يحل) للمكره (التناول) لان هذا لا يكون اكراها ملجئا اذ لا يضطر بمثله اكثر الناس فيلزم عليهم التحمل الان يقول لاضربن على عينيك او ذكرك وفى البزازية الاكراه بالحبس المؤبد والقيد المؤبد لا يوجب الاكراه اذا لم يمنع الطعام والشراب لعدم الافضاء الى تلف نفس او مال وانما يوجبان غما والتناول للمحرم لازالة الغم لا يحل ومن المشايخ من قال او ذا نهم يقع فى قلبه انه بالحبس المذكور او بالحبس فى بيت مظلم يخاف عليه التلف غدا او على عضو من اعضائه او عينه بظلمة المكان يحل ومحمد لم يجعل الحبس الذى كان فى زمانه وهو المكث المجرد اكراها اما الحبس الذى احدثوه اليوم فهو اكراه لانه تعذيب لا حبس مجرد (وان) اكره على تناول هذه الاشياء (بقتل او قطع عضو حل) تناولها لان الاكراه ملجئ بهما وحرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار واما حالة الاضطرار فبقاة على اصل الحل لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه (ويأثم) المكره بصبره (على التلف ان علم الاباحة) لانه امتنع عن مباح والقى نفسه فى مهلكة (كما فى المخمصة) اى كما يكون آثما بالصبر فى حالة المخمصة والجوع فاتلف نفسه وذكر شيخ الاسلام ان المكره انما آثم اذا علم بالاباحة ولم يتناول واما اذا لم يعلم فقد رجونا ان يكون فى سعة منه لانه يعذر بالجهل فيما فيه خفاء (وان اكره على الكفر او سب النبى صلى الله تعالى عليه وسلم بقتل او قطع عضو رخص له اظهاره) اى اظهار الكفر او غيره (وقلبه مطمئن بالايمان) اى غير متغير عقيدته فان المشركين اكرهوا عمارا فاعطاهم ما ارادوا مع طمانينة القلب فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد اى ان عاد الكفار بالاكراه فعد الى اطمينان القلب بالايمان فيما اجريته على لسانك ونزل فى حقه قوله تعالى الا من اكره

وقلبه مطمئن بالايمان ولان بهذا الاظهار لايفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت
النفس حقيقة فيسعه الميل اليه (ويوجر بالصبر على التلف) لان خبيبا رضي الله تعالى عنه
قد صبر حين ابتلى حتى صلب ولم يظهر كلمة الكفر وسماه رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم سيد
الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز
الدين واقامة حق الله تعالى كان شهيدا وفي الاصلاح وغيره تفصيل فليطالع (ولا رخصة)
على اجراء كلمة الكفر على اللسان (بغيرهما) اى بغير القتل او القطع لان غيرهما ليس بملجئ (وان اكره
على اتلاف مال مسلم باحدهما) اى بالقتل او القطع (رخص) الاتلاف (له) اى للمكره لان
اتلاف مال الغير يستباح للضرورة كما في المخمصة وقد ثبت (والضمان على المكره) بالكسر
لان المكره في حق الاتلاف آلة للمكره فلم يلزم عليه الضمان وفيه اشارة الى الاحتراز عن الاكل
والتكلم والوطئ فان فيها لايصلح آلة والى ان المكره على الاخذ والدفع الى المكره انما يسعه اذا كان
حاضرا عند المكره فان كان ارسله ليفعل فخاف ان ظفر يفعل ما يوعده لم يحل له الاقدام على ذلك
لزوال القدرة على ذلك والانجاء بالبعد منه وبهذا تبين انه لاعذر لاعوان الظلمة في اخذ الاموال
من الناس عند غيبة الامرين وتعللهم بامرهم والخوف من عقوبتهم ليس بعذر الا ان يكون رسول
الامرين معه على ان يرده عليه فيكون بمنزلة حضور الآمر (او) ان اكره (على قتله) اى قتل
غيره (او قطع عضوه) بالقتل او القطع (لا يرخص له) في ذلك بل يلزم الصبر عليه فان قتله اثم
لان قتل المسلم حرام لايباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة الا ان يعلم انه لو لم يقتله قتله وكذا
لو اكره على الزنا لا يرخص وفي جانب المرأة يرخص لها الزنا بالاكراه الملجئ ولا يلزم الحد كما في التنوير
اذا اكرهت بغير ملجئ (فان فعل) اى ان قتل او قطع العضو بالكره (فالقصاص على المكره)
بكسر الراء (فقط) اى دون المكره بالفتح ان كان القتل عمدا لكونه حاملا ولا يقتص
القاتل لانه آلة له كالسيف هذا عند الطرفين (وعند ابي يوسف لايجب قصاص على واحد
منهما) لان الحد مضاف الى المكره من وجه لانه المباشر والى المكره من وجه لانه الحامل فهو
كالدافع الى القتل فتمكنت فيه الشبهة في الجانبين فلا قصاص على واحد منهما فالدية
من مالهما اذ العاقلة لاتحملها في العمد وعند زفر يقتص الفاعل فقط لانه هو المباشر حقيقة
وكذا حكما لا على المكره وعند الائمة الثلاثة يقتص كل منهما لكون الفاعل مباشرا والحامل سببا
(ولو اكره على ان يتردى) اى يسقط (من جبل ففعل) اى تردى (فديته على عاقلة المكره) لانه
لو باشر لايجب عليه القصاص لانه في معنى القتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا اكره
عليه وهذا عند الامام (وعند ابي يوسف) تجب الدية (في ماله) اى في مال المكره لما مر ان القتل
الحاصل بالاكراه لايوجب القصاص عنده (وعند محمد عليه) اى على المكره (القصاص)
لان القتل بالمثقل كالقتل بالسيف عنده فيجب القصاص (ولو اكره بقتل على ترد) اى على سقوط
من مكان عال (او اقتحام نار) اى او اكره بقتل على ادخال نفسه في نار (او ماء وكل) اى كل
واحد من هذه الثلاثة (مهلك فله) اى للمكره (الخيار في الاقدام) عليه (والصبر) عند الامام لانه
ابتلى ببليتين متساويتين في الافضاء الى الاهلاك فيختار ما هو الاهون في زعمه (وقالا يلزمه الصبر)
اى يصبر ولا يفعل ذلك لان مباشرة الفعل سعي في اهلاك نفسه فيصبر تحاميا عنه ثم اذا القى نفسه
فعلى المكره قصاص لانه مضطر الى الالقاء وعندهما لا قصاص لانه مختار في القاء نفسه قيد بالقتل
لانه لو اكره بالعصا ليس له الاقدام اتفاقا وقيد بقول كل مهلك لانه لو لم يكن كذلك كان له
الاقدام اتفاقا كما في شرح المجمع (ولو وقعت نار في سفينة) فكان بحيث (ان صبر احترق وان
القى نفسه) في الماء (غرق فله) اى لمن ابتلى به (الخيار) بين الصبر والالقاء (عند الامام

وعند محمد يلزمه الثبات) وعن ابي يوسف روايتان مع الامام في رواية ومع محمد في رواية وعلة الطرفين
قد مرت قبيله واصل هذه المسئلة في السير الكبير ذكره ابن الساعاتي (وان اكره على طلاق)
امرأته (او اعتاق) عبده (او توكيل بهما) اي بالطلاق والاعتاق (ففعل) اي اعتق عبده
او طلق امرأته او وكل بهما فاعتق الوكيل او طلق (نفذ) لان الاكراه لاينافي الاهلية خلافا للائمة
الثلاثة والقياس ان لاتصح الوكالة لانها تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع وامثاله وجه الاستحسان
ان الاكراه لايمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط
الفاسدة لاتؤثر لكونها من الاسقاطات فاذا لم يبطل فقد نفذ تصرف الوكيل فعلى هذا ماوقع
في الفوائد الزينية من انه لو اكره على الطلاق وقع الا اذا اكره على التوكيل به فوكل يجري على القياس
لاعلى الاستحسان تدبر (ويرجع) المكره (بقيمة العبد) المعتق (على المكره) بالكسر في صورة
لاعتاق لانه يصلح آلة الحامل نظرا الى الاتلاف لاالى تكلمه لان كلامه بالاعتاق لايصلح آلة
الحامل بل يضاف اليه ولذا يكون الولاء للمكره لاالحامل فيضمنه لاتلافه واخراجه عن ملكه سواء
كان موسرا او معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار ولاسعاية على العبد ولايرجع
المكره على العبد لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره قيل هذا اذا كان العتق
بالقول اما اذا كان بالفعل كما اذا اشترى ذا رحم محرم منه لايرجع المكره بالقيمة لحصول العوض وهو صلة
الرحم وفي التجريد ومن اكره على شراء ذي رحم محرم منه بعشرة آلاف وقيمته الف او كان المشتري
جعله حرا ان ملكه ففعل فهو حر وعلى المشتري قيمته الف وبطلت الزيادة ولايرجع على الذي
اكرهه بشيء (وكذا) يرجع المكره على المكره في صورة التطليق (بنصف المهر) اذا سمى او يرجع
على المكره بما لزمه من المتعة اذا لم يسم (لو كان) الطلاق (قبل الدخول) لان المكره يصلح آلة الحامل
في اتلاف المال لان في ايقاع الطلاق لزم ما عليه من المهر او المتعة كان على شرف السقوط بوقوع
الفرقة من جهتها كالارتداد او تقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق كرها وكان هذا تقريرا
للمال فيضاف التقرير الى الحامل فكان متلفا له فيرجع الزوج عليه (ولا رجوع) عليه (لو) كان
الطلاق (بعده) اي بعد الدخول لان المهر هنا تقرر بالدخول لا بالطلاق والدخول ليس بصنع
من المكره وفي الجواهر لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فاكره على الدخول عتق ولم يضمن
المكره شيئا وكذا لو اكره على ان يتزوج امرأة قد كان جعلها طالقا ان تزوجها فتزوجها وغرم
نصف المهر لم يرجع على من اكرهه بشيء ولو اكره على ان يجعل كل مملوك يملكه فيما يستقبل حرا
ففعل ثم ملك مملوكا بهبة او صدقة او شراء عتق عليه ولم يغرم الذي اكرهه شيئا ولو ورث
مملوكا ضمن الذي اكرهه قيمته استحسانا (وصح يمين المكره) بشيء من الطاعات او المعاصي (و) صح
(نذره) اي نذر المكره بكل طاعة كالصوم والصدقة والعتق وغيرها (و) صح (ظهاره) اي
ظهار المكره هو تشبيه امرأته بظهر امه فيحرم عليه قربانها حتى يكفر لان كل واحد منها
لايحتمل الفسخ فلا يتأتى فيه الاكراه (ولا يرجع) المكره على الحامل في الصور الثلث (بما غرم بسبب
ذلك) اذ لامطالب له في الدنيا (و) صح (رجعته) اي لو اكره ان يراجع امرأته فراجعها صح
لانها استدامة النكاح (وايلاؤه) بان حلف ان لايقرب امرأته (وفيئه) باللسان (فيه) اي
في الايلاء لانه كالرجعة لان كل ما ينفذ مع الهزل ينفذ مع الاكراه (و) كذا يصح (اسلامه) اي
اذا اسلم مكرها يحكم عليه بالاسلام لانه لما احتمل رجحنا الاسلام احتياطا لانه يعلو ولايعلى كما في
اكثر المعتبرات فبهذا علم ان ما في الخانية من ان اسلام المكره اسلام عندنا ان كان حربيا وان كان
ذميا لايكون اسلاما محمول على جواب القياس لانه يصح في الاستحسان كما في المتن (لكن لاقتل
فيه لو ارتد) بعد الاسلام مكرها لان في اسلامه شبهة دارئة للقتل ونظيره السكران فان اسلامه

صحيح وكفره لايصح ولايحكم بردته لعدم القصد كما في شرح الكنز (ولايصح ابراؤه) اى ابراء المكره دينه عن مديونه اوعن كفيل مديونه لكونهما مما يحتمل الفسخ كالبيع فالفا على بعد زوال الكره يصير مجيزا وكذا لواكره الشفيع على ان يسكت عن طلب الشفعة فسكت لاتبطل شفعته (ولا تصح (ردته) لما مر من الرخصة فى اظهار الكفر اذا اكره بالملجئ (فلاتبين بها) اى بهذا الردة (امرأته) لعدم الحكم بردته وانما قيدنا اذا اكره بالملجئ لانه لواكره بغيره فقد صحت ردته فتبين امرأته (فان ادعت) المرأة (تحقق ما اظهره وادعى) المكره (ان قلبه مطمئن بالايمان صدق) استحسانا والقياس ان يكون القول قولها فيفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب للبينونة بها فيستوى فيها الطايع والمكره كلفظة الطلاق وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلاتقع الفرقة كما فى شرح الكنز (ولواكره على الزنا ففعل) المكره (حد مالم يكرهه السلطان) لما مر ان الاكراه لايتحقق من غيره عند الامام فالزنا لا يوجب مع الاكراه (وعندهما لاحد عليه) لما مر ان الاكراه يتحقق من السلطان وغيره فلايحد فى الصورتين (وبه) اى بقول الامامين (يفتى) اذ ليس فيه اختلاف يظهر فى حق الحجة فان حكم الاكراه لاخلاف فيه وانما النظر فى ان يقع من غير سلطان اولا فان وقع من غيره اكراه ملجئ كما فى زماننا يجرى على حكمه بلانكير وقال زفر يحد لان انتشار الآلة دليل الطواعية ولنا ان انتشار الآلة قد يكون طبعا لاطوعا كما فى النائم والصبى كما فى بعض المعتبرات فعلى هذا اندفع ماقال صاحب الاصلاح من ان مدار الجواب هنا ليس على ذلك الاصل الخلافى كما ذهب اليه من الناظرين فى هذه المسئلة بل على اصل آخر قرره الزاهدى حيث قال ان الاكراه لايتصور فى الزنا لان الوطئ لايحصل الا بانتشار الآلة والاكراه لايتصور فى الانتشار فكان طوعا فيجب الحد الا ان يكرهه السلطان لان اقامة الحد اليه وهو الذى حمله عليه انتهى لانه ليس على اصل معتبر بل على قول زفر كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ وفى التنوير اكره القاضى ليقر بسرقة اوقتل رجل بعمد او بقطع يد رجل بعمد فاقر بذلك فقطعت يده اوقتل ان كان المقر موصوفا بالصلاح اقتص من القاضى وان متهما بالسرقة معروفا بها وبالقتل لايقتص من القاضى استحسانا لوجود الشبهة صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباعه صح والحيلة له فيه من اين اعطى ولامال لى فاذا قال الظالم بع جاريتك وقد صار مكرها على بيع الجارية فلاينفذ بيعها المكره باخذ المال لايضمن باخذه اذا نوى وقت الاخذ انه يرده على صاحبه والايضمن وان اختلفا فى النية فالقول للمكره مع يمينه ﴿ كتاب الحجر ﴾ المناسبة بين الكتابين ان كل واحد منهما من العوارض التى تزيل سبب الولاية والرضاء وسبب تأخير هذا الكتاب عن الاكراه لان ماتقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه (هو) فى اللغة المنع مطلقا اى منع كان ومنه سمى الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة ومنه سمى العقل حجرا لانه يمنع القبايح ومنه قوله تعالى هل فى ذلك قسم لذى حجر اى لذى عقل وفى العرف عبارة عن منع حكمى كالنهى الا ان التصرف فى الحجر لايفيد الملك بحال فى البيع وفى النهى يفيده بعد القبض كما فى البيع الفاسد فهذا فرق بين الحجر والنهى من حيث الحكم وكذا يفرق من حيث الماهية لان الحجر هو المنع لحق الغير والنهى هو المنع لحق الشرع وفى الشرع (منع نفاذ تصرف قولى) لان الحجر فى الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمى الا ترى انه يرد ولايقبل والفعل حسى لايمكن رده اذا وقع فلايتصور الحجر عنه وهو المراد بقوله هو منع نفاذ تصرف قولى (واسبابه) اى الحجر (الصغر) بان يكون غير بالغ فان كان غير مميز كان عديم العقل وان كان مميزا فعقله ناقص فالضرر محتمل واذا اذن له المولى صح تصرفه لترجح جانب المصلحة (والجنون) وفى الدرر فان عدم الافاقة كان عديم العقل كصبى غير مميز وان وجدت

في بعض الاوقات كان ناقص العقل كصبي عاقل في تصرفاته واما المعتوه فاختلفوا في تفسيره واحسن ماقيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لايضرب ولايشتم كما يفعل المجنون (والرق) ليس بسبب الحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأى كالحر غير انه ومافي يده ملك المولى فلايجوز ان يتصرف لاجل حقه فان اذن المولى رضي بفوات حقه اعلم انه تعالى شرف البشر على الانعام بالعقل وركب فيهم الهوى والعقل وجعل في الملائكة العقل دون الهوى وفي البهائم الهوى دون العقل فمن غلب عقله على هواه كان افضل خلقه لمايقاسي من مخالفة الهوى ومن غلب هواه على عقله كان اردى من البهائم قال الله تعالى اولئك كالانعام بل هم اضل فجعل بعضهم ذوي النهى حتى كان بعضهم ائمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم باردى كالجنون والعته والصغر وجعل تصرف الصغير والمعتوه غير نافذ بالحجر عليهما كيلا يتعلق بهما الضرر باحتيال بعض من يعاملهما وجعل الصبي والجنون سببا للحجر عليهما كل ذلك رحمة منه ولطفا كما في التبيين ثم فرعه بقوله (فلايصح تصرف صبي اوعبد بلا اذن ولي اوسيد) لما قررنا قبيله هذا لف ونشر مرتب فلو قال وسيد بالواو لكان اولى (ولايصح تصرف المجنون المغلوب بحال) ولو اجازه الولي لعدم عقله قيد بالمغلوب اى المستغرق لانه ان كان يجن تارة ويفيق اخرى فهو حال افاقته كالعاقل (ومن عقد منهم) اى من هؤلاء المحجورين (وهو يعقله) اى يعقل العقد (فوليه مخير بين ان يجيزه) اى العقد (او يفسخه) لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل ان يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي او المولى ان رأى فيه ذلك كعقد الاجنبي وعند الائمة الثلاثة لاتصح اجازته (ومن اتلف منهم) اى من المحجورين (شيئا فعليه) اى على من اتلف (ضمانه) بالاجماع لانهم غير محجورين عليهم في الافعال (ولايصح طلاق الصبي او المجنون) ولو قال والمجنون بالواو لكان أولى (ولا) يصح (اعتاقهما) لقوله عليه الصلوة والسلام رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وظاهره يقتضي ان لايتعلق باقوالهما حكم وكذلك لايقع طلاقهما ولا اعتاقهما (ولا اقرارهما) لنقصان عقلهما اوعدمه (وصح طلاق العبد) لقوله عليه الصلاة والسلام لايملك العبد والمكاتب الا الطلاق (و) صح (اقراره) اى اقرار العبد (في حق نفسه) لكونه مكلفا واهلا (لا في حق سيده) لعدم ولاية العبد عليه ثم فرعه بقوله (فلو اقر) اى العبد المحجور (بمال لزمه بعد عتقه) لانه اقرار على غيره وهو المولى لما انه ومافي يده ملك المولى فاذا اعتق زال المانع هذا اذا اقر المولى واما اذا اقر له به فلايلزمه شئ وفي الخانية ولو ان صبيا سفيها محجورا استقرض مالا فيعطي صداق المرأة صح استقراضه فان لم يعطه المرأة وصرف المال في بعض حوائجه لايؤاخذ به لافي الحال ولا بعد البلوغ لانه ليس من اهل الالتزام بخلاف العبد المحجور فانه يؤاخذ به بعد العتق لانه اهل الالتزام (وان) اقر العبد المحجور (بحد وقود لزمه في الحال) لانه مبقى على اصل الحرية والآدمية في ايجاب الحد عليه وفي حق الدم ولهذا لايجوز اقرار المولى عليه في الحد والقصاص (ولايحجر على السفيه) اى لايحجر حر عاقل بالغ عن التصرف بسبب سفه هو اتلاف مال بلا مصلحة لخفة عقله عند الامام لانه لايرى الحجر على الحر البالغ العاقل بسبب السفه والدين والغفلة (وان) وصلية (كان مبذرا) لانه مخاطب قادر على التصرف فابطال قدرته يؤدي الى اهدار آدميته وهذا اضر من ضرر الاتلاف (ومن بلغ غير رشيد) وهو لاينفق ماله فيما يحل ولايمسك عما يحرم ويتصرف فيه بالتبذير والاسراف (لايسلم اليه ماله) بالاجماع لبقاء اثر الصبا فلو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لايمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا (حتى يبلغ سنه خمسا وعشرين سنة فاذا بلغها دفع اليه ماله) عند الامام (وان) وصلية (لم يؤنس رشده) لان هذا السن لاينفك عنه الرشد الا نادرا والحكم في الشرع للغالبة (وان تصرف)

السفيه (فيه) اى فى ماله (قبل ذلك) اى قبل البلوغ الى خمس وعشرين (نفذ) تصرفه لعدم الحجر عنده كما ذكر (وعندهما) والائمة الثلاثة يحجر على السفيه ولا يدفع اليه ماله ما لم يؤنس رشده (ولا يصح تصرفه) اى تصرف السفيه (فيه) اى فى ماله بسبب سفه فى تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه فى غيرها كالطلاق والعتاق ولا عن الاسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص اذ لا يجرى الحجر فيها بالاجماع لقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم الى قوله فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم اذا لامر بالدفع عند ايناس الرشد فلا يجوز الدفع قبل العلم بالرشد لان علة المنع هى السفه فيبقى المنع ما دامت العلة باقية فلا يكون للزمان دخل هنا وفى التنوير نقلا عن الخانية وبقولهما يفتى ثم فرعه بقوله (فان باع) المحجور (لا ينفذ) بيعه لانه محجور عندهما وفائدة الحجر عدم النفاذ (وان) كان (فيه) اى فى بيعه (مصلحة) بان كان بمثل القيمة او كان رابحا وكان الثمن باقيا فى يده (اجازه الحاكم) وان كان الثمن اقل من القيمة او كان البيع خاسرا او لم يبق الثمن فى يده لم يجزه والحاصل ان تصرفه موقوف لاحتمال ان يكون فيه مصلحة اولا فاذا رأى الحاكم فيه مصلحة اجازه والا رده وان باع قبل حجر القاضى جاز عند ابى يوسف وعند محمد لا يجوز (وان اعتق) عبدا (نفذ) عتقه عندهما لان كل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه وعند الشافعى لا ينفذ والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شئ من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه (وسعى العبد فى قيمته) اى اذا نفذ عندهما فعلى العبد ان يسعى فى قيمته عند محمد وهو قول ابى يوسف اولا لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض وفى قوله الاخير وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية لانه لو وجب انما يجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها فى الشرع الا لحق غير المعتق (واو دبر) عبده (صح) تدبيره لانه يوجب حق العتق المدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه (وان مات) المولى (قبل رشده) اى قبل ان يؤنس منه الرشد (سعى العبد فى قيمته مدبرا) لانه بموت المولى عتق ولانه اعتقه فى حياته فعليه السعاية فى قيمته مدبرا لان العتق لاقاه مدبرا كما لو اعتقه بعد التدبير وفى شرح الكنز للعينى وان جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والامة ام ولد له ولا تسعى هى ولا ولدها فى شئ بخلاف ما لو اعتقها من غير ان يدعى الولد ولو لم يكن معها ولد فقال هذه ام ولدى كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها فان مات سعت فى كل قيمتها كالمريض اذا قال لامته وليس معها ولد فقال هذه ام ولدى (ويصح تزوجه) اى تزوج السفيه ملابسا (بمهر المثل) وانما صح نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه مع ان التزوج من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات صحته كما فى اكثر الكتب لكن انما هو من ضرورات صحة النكاح مقدار النصاب من المهر لا قدر مهر المثل تدبر (وان سمى اكثر) من مهر المثل (بطلت الزيادة) لان ما زاد عليه يلزمه بالتسمية وهو ليس من اهل التزام المال وان طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمى وكذا لو تزوج اربعا او تزوج كل يوم واحدة فطلقها كما فى التبيين (وتخرج) على صيغة المبنى للمفعول من الافعال (زكوة مال السفيه) لانه واجب عليه حقا لله تعالى (وينفق منه) اى من ماله (عليه وعلى من تلزمه نفقته) من اولاده وزوجته وسائر من يجب عليه نفقته لان احياء هؤلاء من حوائجه الاصلية حقا لقريبه والسفه لا يبطل حق الله تعالى ولا حق الناس (ويدفع القاضى قدر الزكوة) من ماله (اليه) اى الى السفيه (ليؤدى بنفسه) ليصرفها الى مصرفها لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنية (يوكل)

في بعض الاوقات كان ناقص العقل كصبي عاقل في تصرفاته واما المعتوه فاختلفوا في تفسيره واحسن ماقيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لايضرب ولايشتم كما يفعل المجنون (والرق) ليس بسبب الحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأي كالحر غير انه ومافي يده ملك المولى فلا يجوز ان يتصرف لاجل حقه فان اذن المولى رضي بفوات حقه اعلم انه تعالى شرف البشر على الانعام بالعقل وركب فيهم الهوى والعقل وجعل في الملائكة العقل دون الهوى وفي البهايم الهوى دون العقل فمن غلب عقله على هواه كان افضل خلقه لما يقاسي من مخالفة الهوى ومن غلب هواه على عقله كان اردى من البهايم قال الله تعالى اولئك كالانعام بل هم اضل فجعل بعضهم ذوي النهى حتى كان بعضهم ائمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم با ردى كالجنون والعته والصغر وجعل تصرف الصغير والمعتوه غير نافذ بالحجر عليهما كيلا يتعلق بهما الضرر باحتيال بعض من يعاملهما وجعل الصبي والجنون سببا للحجر عليهما كل ذلك رحمة منه ولطفا كما في التبيين ثم فرعه بقوله (فلا يصح تصرف صبي اوعبد بلا اذن ولي اوسيد) لما قررنا قبيله هذا لف ونشر مرتب فلو قال وسيد بالواو لكان اولى (ولا يصح تصرف المجنون المغلوب بحال) ولواجازه الولي لعدم عقله قيد بالمغلوب اي المستغرق لانه ان كان يجن تارة ويفيق اخرى فهو حال افاقته كالعاقل (ومن عقد منهم) اي من هؤلاء المحجورين (وهو يعقله) اي يعقل العقد (فوليه مخير بين ان يجيزه) اي العقد (اويفسخه) لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل ان يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي اوالمولى ان رأى فيه ذلك كعقد الاجنبي وعند الائمة الثلاثة لاتصح اجازته (ومن اتلف منهم) اي من المحجورين (شيئا فعليه) اي على من اتلف (ضمانه) بالاجماع لانهم غير محجورين عليهم في الافعال (ولا يصح طلاق الصبي اوالمجنون) ولوقال والمجنون بالواو لكان اولى (ولا) يصح (اعتاقهما) لقوله عليه الصلوة والسلام رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وظاهره يقتضي ان لايتعلق باقوالهما حكم وكذلك لايقع طلاقهما ولا اعتاقهما (ولا اقرارهما) لنقصان عقلهما اوعدمه (وصح طلاق العبد) لقوله عليه الصلاة والسلام لايملك العبد والمكاتب الا الطلاق (و) صح (اقراره) اي اقرار العبد (في حق نفسه) لكونه مكلفا واهلا (لا في حق سيده) لعدم ولاية العبد عليه ثم فرعه بقوله (فلو اقر) اي العبد المحجور (بمال لزمه بعد عتقه) لانه اقرار على غيره وهو المولى لما انه ومافي يده ملك المولى فاذا عتق زال المانع هذا اذا اقر المولى واما اذا اقر له به فلا يلزمه شيء وفي الخانية ولو ان صبيا سفيها محجورا استقرض مالا فيعطي صداق المرأة صح استقراضه فان لم يعطه المرأة وصرف المال في بعض حوايجه لايؤاخذ به لا في الحال ولا بعد البلوغ لانه ليس من اهل الالتزام بخلاف العبد المحجور فانه يؤاخذ به بعد العتق لانه اهل الالتزام (وان) اقر العبد المحجور (بحد وقود لزمه في الحال) لانه مبقى على اصل الحرية والآدمية في ايجاب الحد عليه وفي حق الدم ولهذا لايجوز اقرار المولى عليه في الحد والقصاص (ولا يحجر على السفيه) اي لايحجر حر عاقل بالغ عن التصرف بسبب سفهه هو اتلاف مال بلا مصلحة لخفة عقله عند الامام لانه لايرى الحجر على الحر البالغ العاقل بسبب السفه والدين والغفلة (وان) وصلية (كان مبذرا) لانه مخاطب قادر على التصرف فابطال قدرته يؤدي الى اهدار آدميته وهذا اضر من ضرر الاتلاف (ومن بلغ غير رشيد) وهو لاينفق ماله فيما يحل ولايمسك عما يحرم ويتصرف فيه بالتبذير والاسراف (لايسلم اليه ماله) بالاجماع لبقاء اثر الصبا فلو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لايمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا (حتى يبلغ سنه خمسا وعشرين سنة فاذا بلغها دفع اليه ماله) عند الامام (وان) وصلية (لم يؤنس رشده) لان هذا السن لاينفك عنه الرشد الا نادرا والحكم في الشرع للغلبة (وان تصرف)

السفيه (فيه) اى فى ماله (قبل ذلك) اى قبل البلوغ الى خمس وعشرين (نفذ) تصرفه لعدم
الحجر عنده كما ذكر (وعندهما) والائمة الثلاثة يحجر على السفيه ولايدفع اليه ماله ما لم يؤنس
رشده (ولايصح تصرفه) اى تصرف السفيه (فيه) اى فى ماله بسبب سفه فى تصرفات لاتصح
مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولايحجر عليه فى غيرها كالطلاق والعتاق ولاعن
الاسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص اذ لايجرى الحجر فيها بالاجماع لقوله تعالى ولاتؤتوا
السفهاء اموالكم الى قوله فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم اذ الامر بالدفع عند ايناس
الرشد فلايجوز الدفع قبل العلم بالرشد لان علة المنع هى السفه فيبقى المنع مادامت العلة باقية فلايكون
للزمان دخل هنا وفى التنوير نقلا عن الخانية وبقولهما يفتى ثم فرعه بقوله (فان باع) المحجور
(لاينفذ) بيعه لانه محجور عندهما وفائدة الحجر عدم النفاذ (وان) كان (فيه) اى فى بيعه (مصلحة)
بان كان بمثل القيمة او كان رابحا وكان الثمن باقيا فى يده (اجازه الحاكم) وان كان الثمن اقل من القيمة
او كان البيع خاسرا اولم يبق الثمن فى يده لم يجزه والحاصل ان تصرفه موقوف لاحتمال ان يكون فيه
مصلحة اولا فاذا رأى الحاكم فيه مصلحة اجازه والارده وان باع قبل حجر القاضى جاز عند ابى يوسف
وعند محمد لايجوز (وان اعتق) عبدا (نفذ) عتقه عندهما لان كل كلام لايؤثر فيه الهزل لايؤثر
فيه السفه والعتق لايؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه وعند الشافعى لاينفذ والاصل عنده ان الحجر
بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لاينفذ بعده شئ من تصرفاته الا الطلاق كالرقوق
والاعتاق لايصح من الرقيق فكذا من السفيه (وسعى العبد فى قيمته) اى اذا نفذ عندهما فعلى العبد
ان يسعى فى قيمته عند محمد وهو قول ابى يوسف اولا لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى رد العتق الا انه
متعذر فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض وفى قوله الاخير وهو رواية عن محمد ليس عليه
سعاية لانه لو وجب انما يجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها فى الشرع الالحق غير المعتق
(ولو دبر) عبده (صح) تدبيره لانه يوجب حق العتق المدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا انه لاتجب السعاية
مادام المولى حيا لانه باق على ملكه (وان مات) المولى (قبل رشده) اى قبل ان يؤنس منه الرشد
(سعى العبد فى قيمته مدبرا) لانه بموت المولى عتق ولانه اعتقه فى حياته فعليه السعاية فى قيمته
مدبرا الان العتق لاقاه مدبرا كما لو اعتقه بعد التدبير وفى شرح الكنز للعينى وان جاءت جاريته بولد
فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والامة ام ولده ولاتسعى هى ولاولدها فى شئ بخلاف ما لو اعتقها
من غير ان يدعى الولد ولو لم يكن معها ولد فقال هذه ام ولدى كانت بمنزلة ام الولد لايقدر على
بيعها فان مات سعت فى كل قيمتها كالمريض اذا قال لامته وليس معها ولد فقال هذه ام ولدى
(ويصح تزوجه) اى تزوج السفيه ملابسا (بمهر المثل) وانما صح نكاحه لانه لايؤثر فيه الهزل
فلايؤثر فيه السفه مع ان التزوج من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم
منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات صحته كما فى اكثر الكتب لكن انما هو من ضرورات صحة
النكاح مقدار النصاب من المهر لاقدر مهر المثل تدبر (وان سمى اكثر) من مهر المثل (بطلت
الزيادة) لان ما زاد عليه يلزمه بالتسمية وهو ليس من اهل التزام المال وان طلقها قبل الدخول
وجب لها نصف المسمى وكذا لو تزوج اربعا او تزوج كل يوم واحدة فطلقها كما فى التبيين (وتخرج)
على صيغة المبنى للمفعول من الافعال (زكوة مال السفيه) لانه واجب عليه حقا لله تعالى (وينفق
منه) اى من ماله (عليه وعلى من تلزمه نفقته) من اولاده وزوجته وسائر من تجب عليه نفقته لان
احياء هؤلاء من حوائجه الاصلية حقا لقريبه والسفه لايبطل حق الله تعالى ولاحق الناس
(ويدفع القاضى قدر الزكوة) من ماله (اليه) اى الى السفيه (ليؤدى بنفسه) ليصرفها الى مصرفها
لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولايحصل ذلك الابنية (يؤكل)

اى القاضى (امينا الى ان يؤديها) كيلا يصرفها الى غير المصرف و يسلم القاضى النفقة الى امينه ليصرفه الى مستحقها لانه لايحتاج فيه الى النية فاكتفى فيها بفعل الامين (فان اراد حجة الاسلام لايمنع منها) اى من الحجة لانه واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه وفى الفرائض هو ملحق بالمصلح وغير السفيه اذ لاتهمة فيه (ولا) يمنع (من عمرة واحدة) والقياس ان يمنع لانه تطوع كالحج تطوعا وجه الاستحسان انها واجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياطا وكذا لايمنع من ان يسوق البدنة تحرزا عن موضع الخلاف ولايمنع من القران وان جنى فى احرامه ينظر ان كان جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن اذى ونحو ذلك لايمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كان جناية لايجزى فيه الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فانه يلزمه الدم ولكن لايمكن من التكفير فى الحال بل يؤخر الى ان يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذى لايجد مالا والعبد المأذون له فى الاحرام وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة تلزمه بدنة ثم يتأخر الى ان يصير مصلحا (وتدفع نفقته) اى نفقة السفيه فى طريق الحج والعمرة (الى ثقة) من الحجاج (ينفق اليه) اى الى السفيه (فى الطريق) بالمعروف (لا) تدفع (اليه) كيلا يبذر ولايسرف (وتصح منه) اى من السفيه (الوصية فى القرب) جمع قربة (وابواب الخير) من الثلث ان كان له وارث والقياس انها لاتصح لانها تبرع لكننا استحسانا ذلك اذا كانت مثل وصايا الناس لانها قربة يتقرب بها الى الله تعالى وهو يحتاج اليها سيما فى هذه الحالة وفيه اشارة الى انه اذا اوصى بما يستقبحه المسلمون فلا ينفذ كما فى التبيين (ويحجر على المفتى الماجن) هو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة بان علم المرأة الارتداد لتبين من زوجها و بان علم الرجل ان يرتد لتسقط عنه الزكوة ثم يسلم ولايبالى ان يحرم حلالا و يحل حراما (والطبيب الجاهل) هو الذى يسق الناس فى امراضهم دواء مخالفا لعدم علمه فيفسد ابدان المسلمين (والمكارى المفلس) لانه يأخذ الكراء اولا ليشترى به الجمال والظهر و يدفعه الى بعض ديونه فيعوق المسلمين من نحو الحج والغزو (اتفاقا) قيد للثلاثة جميعا لان منع كل واحد منها دفع ضرر العامة اذ المفتى الماجن يفسد على الناس دينهم والطبيب الجاهل يهلك ابدانهم والمكارى المفلس يتلف اموالهم فيحجر هؤلاء عن عملهم لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر (ولايحجر على فاسق) سواء كان اصليا او طاريا (و مغفل اذا كان) كل واحد منهما (مصلحا لماله) لان حجر السفيه عندهما كان للنظر له صيانة والفاسق يصلح ماله فيدخل تحت قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم لانه تعالى علق الدفع بعلم رشد واحد لانه نكرة فى الاثبات فيكون اقله كافيا فالمراد هو الرشد فى المال لا فى الدين بكسر الدال والا يلزم الرشدان ولو كان الفسق موجبا للحجر لكان حجر الكافر اولى به ولم يذهب اليه احد وعند الشافعى يمنع زجرا له وعقوبة عليه وان كان مصلحا لماله ولذا لايكون الفاسق اهلا للولاية والشهادة عنده وفى المنح ولو ان قاضيا حجر على مفسد يستحق الحجر ثم رفع الى قاض آخر فاطلقه ورفع عنه الحجر فاجاز ما صنع جاز اطلاق الثانى لان قضاء الاول كان فى فصل مجتهد فيه وهذا اختلاف فى نفس القضاء ولان الحجر الاول لم يكن قضاء لعدم المقضى عليه فينفذ قضاء الثانى فهو بمنزلة ما لو قضى وهو محجور عليه فاذا اطلقه الثانى صح اطلاقه وليس للقاضى الثالث بعد ذلك ان ينفذ قضاء الاول بالحجر وكذا لايحجر من له غفلة شديدة عند الامام لانه ليس بمفسد ماله ولايقصده لكنه لايهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن فى البياعات لسلامة قلبه وعندهما يمنع القاضى من التصرف شفقة له وهو قول الائمة الثلاثة كما فى اكثر المعتبرات لكن المصنف لم يذكر الاختلاف فى المتن بل اتى بصورة الاتفاق اكتفاء بذكر الخلاف فى حكم السفيه المشاركة فى اتلاف المال او لعدم اعتبار قولهما فى هذه المسئلة تبع (ولا) يحجر (على مديون) وان طلب الحجر

غرماؤه عند الامام لان المنع عن التصرف بطلب الغرماء يبطل اهليته والحاقه بالبهائم وهو شنيع لا يرتكب لدفع ضرر خاص (ولا يبيع القاضى ماله) اى مال المديون (فيه) اى فى الدين لان تصرف الحاكم فيه حجر عليه ولان البيع لا يجوز الا بالتراضى بالنص فيكون باطلا (بل يحبسه) اى القاضى ليبيع ماله (ابدا حتى يبيعه) اى المال (هو) اى المديون (بنفسه) فيكون الحبس لقضاء الدين لا لاجل البيع لان قضاء الدين بالبيع ليس بطريق متعين بل يكون بالاستيهاب والاستقراض والصدقة من الناس الا ان قدرته على القضاء ببيع ماله الموجود اظهر من قدرته عليه بالاستقراض وغيره وسبب الحبس المماطلة والظلم بتأخير القضاء الواجب وامتناعه مع القدرة عليه (فان كان) والاولى بالواو (ماله) اى مال المديون (من جنس دينه) كالدراهم (اداه) اى الدين (الحاكم منه) اى من جنس الدراهم بالاجماع لان للداين الاخذ بلا رضاء المديون عند المجانسة فالقاضى اذا قضى دينه لا يلزم حجره عند الامام لان قضاء الدين من القاضى اعانة (ويبيع احد النقدين بالاخر استحسانا) بالاجماع وفى القياس لا يبيع الدراهم للدنانير ولا الدنانير للدراهم للاختلاف فى الصورة ولا يأخذ رب الدين جبرا وجه الاستحسان الاتحاد فى الثمنية ولذا يضم احدهما الى الاخر فى الزكوة (وعندهما) والائمة الثلاثة (يحجر عليه) اى على المديون (ان طلب غرماؤه) الحجر عليه (ويمنع من التصرف) الذى يضر بالغرماء (و) يمنع من (الاقرار) اى اقرار الدين بغيرهم حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له وفى هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه كما فى الهداية (ويبيع الحاكم ماله) اى مال المديون الحاضر ليؤدى الدين من ثمنه لانه لو كان غائبا لا يبيع ماله اتفاقا (ان امتنع من بيعه (ويقسمه) اى يقسم ثمنه (بين غرمائه بالحصص) اذ الايفاء حق عليه فباباته ناب عنه الحاكم كالمجبوب فان المجبوب اذا امتنع عن مفارقته فرق الحاكم بينهما والاصل ان من امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه وهو مما تجرى فيه النيابة ناب القاضى منابه كذمى اسلم عبده فابى ان يبيعه باعه القاضى عليه (وان اقر حال حجره) بمال (لزمه) ذلك المال (بعد قضاء ديونه لا فى الحال) لان المديون لما حجر للغرماء تعلق حقهم بما فى يده فلا يملك ابطاله بالاقرار لغيرهم مع ان الاقرار امر مشاهد فيحتمل ان يكون كاذبا فلا يزاحم لكن ينفذ اقراره على نفسه وفيه اشارة الى انه لو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره وتبرعاته فيه لان حقهم تعلق بالمال القائم لا بالمستفاد والى انه لو استهلك مالا لغيرهم فله ان يشاركهم فيما فى يده لانه مشاهد وكذا لو تزوج امرأة بمهر مثلها وكذا لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضى بعلمه او بشهادة الشهود فله ان يشاركهم فيه (وينفق من مال المفلس عليه وعلى من يلزمه نفقته) كاولاده الصغار وزوجته وذوى ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على الغرماء (والفتوى على قولهما فى بيع ماله لامتناعه) عن البيع كما فى الاختيار (وتباع النقود) جملة مستأنفة استئنافا بيانيا كان قائلا قال اذا كان الفتوى على قولهما فى بيع ماله فاى ماله يباع اولا فاجاب بقوله وتباع النقود اولا (ثم) تباع (العروض ثم العقار) وقيل يبدأ القاضى ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى التلف منه ثم يبيع العقار فالحاصل ان القاضى نصب ناظرا فينبغى له ان ينظر للمدين كما ينظر للداين فيبيع ما كان انظر اليه ويبيع ما يخشى عليه التلف انظر له (ويترك له) اى للمديون (دست من ثياب بدنه) ويباع الباقى لان به كفاية (وقيل) يترك له (دستان) لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس وقالوا اذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفى بدون ذلك فانه يبيع ثيابه فيقضى دينه ببعض ثمنها ويشترى بما بقى ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه وكان اولى من التجمل وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه ان يجتزى بما دون ذلك يبيع ذلك

المسكن ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكنا يكفيه كما في التبيين (ومن افلس وعنده متاع رجل شراه منه) اي من الرجل فقبضه من البايع بعد الشراء باذنه والمتاع قائم بيده (فرب المتاع اسوة الغرماء فيه) اي في المتاع فيبيع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص اذا كان الدين كله حالا واما اذا كان الدين بعضه حالا فيقسم بين غرماء الحال ثم بعد انقضاء الاجل شاركهم فيما قبضوه بالحصص كما في القهستاني قيدنا القبض بعد الشراء بالاذن لانه ان افلس قبل قبضه او بعده بغير اذن بايعه كان للبايع استرداده وحبس المبيع بالثمن وقال الشافعي البايع اولى سواء كان قبل القبض او بعده

﴿فصل﴾ في بيان احكام البلوغ

(يحكم ببلوغ الغلام بالاحتلام والانزال او الاحبال) اي بجعل المرأة حبلى (وببلوغ الجارية بالحيض او الاحتلام او الحبل) بفتحتين وذا لا يكون بلا انزال منها ولذا لم يذكر الانزال في الجارية قيل وجه عدم الذكر فيهما انه امر باطني لا يعلم منها كما يعلم من الصبي وفي الدرر والاصل ان البلوغ يكون بالانزال حقيقة ولكن غيره مما ذكر لا يكون الا مع الانزال فجعل كل واحد علامة على البلوغ وفي التسهيل فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد بالاحتلام هو الاحتلام مع الانزال فحينئذ يغني ذكر الانزال عن ذكر الاحتلام وفي الفرائد في عدم كون الحيض الا مع الانزال كلام تدبر انتهى لكن يمكن ان الحيض لا يوجد ممن يحبل عادة وذا يكون بعد الانزال (فان لم يوجد شيء من ذلك) اي من اسباب الحكم ببلوغهما (فاذا تم له) اي للغلام (ثماني عشر سنة) يحكم ببلوغه (و) اذا تم (لها سبع عشرة سنة) يحكم ببلوغها عند الامام لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده واشد الغلام على ما قاله ابن عباس رضي الله عنهما ومن تبعه ثماني عشر سنة وقيل اثنان وعشرون وقيل خمس وعشرون فوجب ان يدور الحكم على القول الاول للاحتياط الا ان الجارية اسرع بلوغها من الغلام ففرقنا بينهما بسنة (وعندهما) والائمة الثلاثة (اذا تم خمس عشرة سنة فيهما) اي في الغلام والجارية (وهو رواية عن الامام وبه يفتى) لان علامة البلوغ لا تتأخر عن هذه المدة فيهما غالبا (وادنى مدته) اي مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه (له) اي للغلام (ثنتا عشرة سنة ولها) اي الجارية ادنى المدة (تسع سنين) كذا ذكروا ولا يعرف ذلك الا سماعا او بالتتبع (واذا راهقا) اي قربا بالبلوغ (وقالا قد بلغنا صدقا) في دعواهما ان لم يكذبهما الظاهر لما في الخانية صبي اقرانه بالغ وقاسم وصي الميت قال ابو بكر محمد بن الفضل ان كان الصبي مراهقا قبل قوله وتجوز قسمته وان لم يكن مراهقا ويعلم ان مثله لا يحتلم لا تجوز قسمته ولا يقبل قوله لانه يكذب ظاهره وتبين بهذا ان بعد ثنتي عشرة سنة اذا كان بحال لا يحتلم مثله اذا اقر بالبلوغ لا يقبل قوله (وكانا) اي الغلام والجارية (كالبالغ حكما) اي احكامهما حكم البالغين لانه امر لا يوقف عليه الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما بالضرورة

﴿كتاب المأذون﴾

ايراد المأذون بعد الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر وهو في اللغة عبارة عن الاعلام وفي الشرع (الاذن فك الحجر) الثابت شرعا (واسقاط الحق) مطلقا سواء كان حق الصبي او المعتوه او حق مولى عبد وقد ذهب البعض الى تخصيص الاسقاط بحق مولى العبد هنا وهو التصرف والخدمة لمولاه اذ هذا الحق يمنع تصرف العبد لنفسه فاذا اسقط المولى حقه هذا يقدر العبد الى الاكتساب بالاضافة الى نفسه ليتعلق حق من يعامله بذمته ولا يقدر الى دفع يد مولاه عما اكتسبه كالحر فيأخذ من كسب عبده كما في شرح الوقاية لابن الشيخ وفي الدرر والاذن نوعان احدهما اذن العبد وهو فك الحجر بالرق الثابت شرعا على العبد واسقاط الحق فيتصرف العبد لنفسه باهليته والنوع الثاني اذن الصبي والمعتوه وهو فك الحجر واثبات الولاية لهما (ثم يتصرف العبد) بعد ذلك لنفسه (باهليته) القديمة فقوله ثم يتصرف عطف على محذوف فان قوله الاذن فك الحجر معناه

اذا اذن المولى ينفك الحجر عن العبد فعطف على قوله ينفك قوله ثم يتصرف العبد فقوله واسقاط الحق كالتفسير لقوله فك الحجر (فلاتلزمه) تفريع على كون تصرف العبد لنفسه باهليته (سيده عهدته) اى عهدة التصرف كما اذا اشترى شيئا ولم يؤد ثمنه يطلب منه الثمن ولم يرجع على سيده لانه اشترى لنفسه لالسيده والوكيل عكس هذا اذ الثمن يطلب من الموكل لامن الوكيل (ولايتوقف) الاذن بزمان ولا مكان (فلو اذن له) اى للعبد (يوما) ونحوه من اليوم المعين والليل والشهر والسنة اومكانا (فهو مأذون دائما الى ان يحجر عليه) لان الاسقاطات لاتتوقف فان قيل ينبغى ان لايكون له ولاية الحجر لان الساقط لايعود قلت بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان فى الحجر امتناع عن الاسقاط فيما يستقبل الا ان الساقط يعود وفيه اشعار بان تعلق الاذن بالشرط جائز كاضافته الى المستقبل كما فى القهستانى (ولايتخصص) بنوع من التجارة (فاذا اذن فى نوع من التجارة كان مأذونا فى سائر الانواع) حتى لو اذن بشراء الخز ونهى عن شراء البز كان اذنا بشراء البز وغيره وان لم يكن العبد مهتديا الى التصرف فى غير الخز والسيد عالم به فان قلت انه زال الحجر فى حق تصرف خاص قلت نعم الا انه يوجب الرضاء بتعطيل منافعه مطلقا والتخصيص لغو كما فى القهستانى وقال زفر الاذن عبارة عن توكيل وانابة فيتقيد بما قيد به المولى وبه قال الشافعى واحمد (ويثبت) الاذن (صريحا) كما اذا قال لعبده اذنت لك فى التجارة (ودلالة بان رأى عبده يبيع ويشترى فسكت) ولم ينهه منه فسكوته اذن له فى التجارة بخلاف سكوت القاضى فانه ليس باذن لكن لايكون مأذونا فى ذلك الشئ لانه وسيلة الاذن ووسيلة الشئ خارج من ذلك الشئ (سواء كان البيع للمولى اولغيره بامره اوبغير امره) بيعا (صحيحا او) بيعا (فاسدا) وفى التبيين هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان فى فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لايبطل الرهن انتهى لكن يمكن التوفيق بين كلامى صاحب الهداية وقاضيخان بان يقال ان مراد قاضيخان بقوله لم يكن ذلك اذنا له هوان سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان مال المولى لايصير اذنا فى حق ذلك التصرف الذى صادفه السكوت لافى حق سائر تصرفات ذلك العبد فى باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن آه فان المراد هنالك عدم صحة التصرف الذى صادفه السكوت لامحالة وكذا يؤيده ماقاله القهستانى فى هذا المحل نقلا عن الذخيرة فانه يصير مأذونا فيما يستقبل فيصح تصرفاته فيه لافيما يبيع من مال سيده فى الحال لانه لابد فيه من الاذن الصريح بخلاف ما اذا اشترى من ماله فعلى هذا ان ما فى الدرر فى هذا المحل محل تأمل تتبع وعند زفر والشافعى لايثبت الاذن بسكوت المولى عند ما رآه يبيع او يشترى لانه يحتمل الرضى والسخط فلا يثبت بالشك ولنا ان العادة قد جرت بذلك لاجل دفع الضرر عن الناس (وللمأذون) خبر مقدم (اذنا عاما لابشراء شئ بعينه او) شراء (طعام الاكل او) شراء (ثياب الكسوة) يعنى للعبد الذى قال له مولاه قد اذنت لك فى التجارة ولم يقيده بشراء شئ بعينه او بشراء طعام الاكل او ثياب الكسوة ولم يقيده ايضا بنوع من التجارة (ان يبيع) مبتدأ مؤخر (او يشترى) لان اللفظ يتناول جميع انواع التجارات واما اذا امره بشراء شئ بعينه كالطعام والكسوة لايكون مأذونا له لانه استخدام ولو صار مأذونا له لتضرر كما فى شرح الكنز للعينى وفى القهستانى اذا قال له اذنت لك فى التجارة اى فى كل تجارة او قال له اشتر لى ثوبا وبعه او قال اجر نفسك من الناس فانه صار مأذونا لانه امر بالعقود المتكررة بخلاف ما لو قال اشتر لى ثوبا للكسوة او اجر نفسك من فلان فى عمل كذا فانه لم يصر مأذونا لانه امره بعقد واحد وقد صح ان يكون استخداما فلو لم يصح الاستخدام صار مأذونا وان امره بعقد واحد كما اذا غصب العبد متاعا وامره السيد ان يبيعه فانه صار مأذونا لانه لم يمكن

ان يجعل استخداما لا للسيد وهذا ظاهر ولا للمالك لانه لم يعمل له وعلى هذا الاصل يخرج جنس هذه المسئلة كما فى الذخيرة (ويوكل بهما) اى بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى معين (وله ان يسلم) اى يجعل نفسه رب السلم (و) له ان (يقبل السلم) اى يجعل نفسه المسلم اليه لانهما من توابع التجارة (و) له ان (يرهن ويرتهن) لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة (ويزارع) اى له ان يدفع الارض مزارعة ويأخذها مزارعة لانها من عمل التجارة (و) له ان (يشترى بذرا يزرعه) لان يربح (و) له ان (يشارك عنانا) لانه وكالة وليس ان يشارك مفاوضة لانها كفالة (و) له ان (يستأجر) الاجير والبيت وغيرهما (ويوجر ولو) وصلية (نفسه) فان اجارة نفسه بيع منافعه وليس كبيع نفسه فيملك التصرف وعند الائمة الثلاثة ليس له ذلك لان ذلك تصرف فى نفسه فلا ينتظمه الاذن (و) له ان (يضارب) اى يأخذ المال مضاربة (ويدفع المال مضاربة) لانه ان دفع يكون مستأجرا وان اخذ يكون موجرا نفسه وهما من التجارة (و) له ان (يبضع) اى يدفع المال بضاعة يعنى له ان يعطى رجلا قدر رأس المال ليتجر به ويكون الربح له (و) له ان (يعير و) له ان (يقر بدين) اذ لو لم يجز الاقرار لم يعامله احد فيكون من لوازم المعاملة سواء صدقه المولى او كذبه وسواء كان مديونا اولا هذا اذا كان اقراره فى صحته وان كان فى المرض قدم غرماء الصحة كما فى الجوهرة وعند الائمة الثلاثة بدين معاملة فقط واذا اقر لزوجته او ولده او والده بطل عند الامام خلافا لهما (ووديعة) لان الايداع وقبول الوديعة من عادة التجارة فله ان يقر بهما (وغصب) لان ضمان الغصب مفاوضة فيملك المغصوب بالضمان فله ان يقر به (ولو باع او اشترى بغبن فاحش جاز عند الامام) لان المأذون متصرف باهلية نفسه كالحر فيصح عقده بالفاحش ولو نهى عن البيع بالغبن الفاحش كما فى المنح (خلافا لهما) لان المقصود من الاذن الاسترباح والعقد بالفاحش اتلاف فلا يدخل تحت الاذن فلا يجوز قيد بالفاحش لان بيعه وشراءه بغبن يسير جائز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه (ولو حابى) العبد المأذون اى باع شيئا باقل من قيمته والمحاباة الغبن بالرضاء (فى مرض موته صح من جميع المال ان لم يكن عليه) اى على المأذون (دين) فينفذ وان زادت المحاباة على الثلث (وان كان) عليه دين (فمن جميع ما بقى) بعد الدين يعنى يؤدى دينه اولا فما بقى يكون المحاباة من جميعه لان الاقتصار فى الحر على الثلث ولا وارث للعبد والمولى وان كان بمنزلة الوارث الا انه رضى بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا اسقط حقه من الثلثين (وان لم يبق) شئ بعد الدين بان كان محيطا بما فى يده (ادى المشترى جميع المحاباة او رد المبيع) اى يقال له اد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما فى الجوهرة هذا اذا كان المولى صحيحا وان مريضا لا تصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى كتصرف المولى بنفسه كما فى التبيين (وله) اى للمأذون (ان يضيف معامله) لجريان العادة بذلك بين التجار لاستجلاب القلوب وفى البزازية ويتخذ الضيافة اليسيرة لا الكثيرة وذا بقدر المال حتى لو كان فى يده عشرة آلاف درهم فبعشرة يسيرة ولو عشرة دراهم فى يده فبدانق كثيرة (و) له (ان يحط من الثمن) قدر ما يحط التجار لانه لا يملك ان يحط من الثمن اكثر من العادة لانه تبرع بعد تمام العقد (بعيب) اى بسبب عيب ظهر فيه لانه من صنيع التجار قيد بالعيب لانه لا يحط بدونه لانه تبرع (و) له (ان يأذن لرقيقه فى التجارة) لانه نوع تجارة والاصل ان كل من له ولاية التجارة يصح اذنه للعبد فيها كالمكاتب والمأذون والمضارب والاب والجد والقاضى وشريكى المفاوضة والعنان والوصى ولا يجوز للام والاخ والعم لانهم ليس لهم ولاية التجارة كما فى الاختيار (لا ان يتزوج) اى ليس للمأذون ان يتزوج الا باذن المولى لانه ليس من باب التجارة ولا ان يتسرى جارية اشتراها وان اذن له مولاه كما فى جواهر الفقه (او يزوج عبده) لان التزويج ليس بتجارة

فلاولاية له فى ذلك الاباذن المولى (وكذا) لايزوج (امته) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فان عنده يزوج الامة دون العبد لان تزويجها تحصيل مال باسقاط النفقة وايجاب المهر فيصير كاجارتها ولهما ان الاذن لايتناول غير التجارة وقد مر ان التزويج ليس منها (ولا ان يكاتب) رقيقه لانه ليس بتجارة اذ هى مبادلة مال بمال وبدل الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال (او يعتق ولو) وصلية (بمال) لان الاعتاق فوق الكتابة فاذا لم يملك هذا لا يملك الاعلى ولانه ليس بحر فلايملك التحرير وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولادين عليه جاز وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن ضمن قيمة العبد للغرماء (او يقرض) اى ليس له ان يقرض لانه تبرع ابتداء (او يهب ولو) وصلية (بعوض) لانهما من التبرعات (او يهدى) اى ليس له الاهداء (الا) اهداء الشئ (اليسير من الطعام) كالرغيف ونحوه لاستجلاب القلوب لاالدراهم والدنانير (والمحجور لايهدى اليسير ايضا) لعدم الاذن (وعن ابى يوسف اذادفع المولى الى) العبد (المحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه) على ذلك الطعام (للاكل معه فلابأس به) لعدم ظهور الضرر على المولى (بخلاف ما لودفع اليه) اى الى العبد المحجور (قوت شهر) لان فى اكلهم حينئذ من ضرر بين للمولى (قالوا ولابأس للمرأة ان تتصدق من بيت زوجها اليسير كالرغيف ونحوه) بدون استطلاع رأى الزوج لانها غير ممنوعة من قبله عادة وهذه المسئلة ليست من مسائل هذا الباب فيكون ذكرها لمناسبة هى كونها مأذونة عادة وفى اكثر الكتب والاب والوصى لايملكان فى مال الصغير ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة (ومالزم المأذون من الدين بسبب تجارة اوما فى معناها) اى فى حكم التجارة (كبيع وشراء) نظير للتجارة قبل صورة وجوب الدين بالبيع والشراء ان يبيع ويستحق المبيع ويهلك الثمن فى يده (واجارة واستيجار وغصب وجحد امانة وعقر امة شراها فوطئها فاستحقت) نظير لماهو فى معنى التجارة قبل صورة وجوب الدين بالاجارة ان يأخذ المأذون الاجرة معجلا ثم يهلك المستأجر او يستحق قبل تمام المدة (يتعلق) ذلك الدين (برقبته) اى المأذون وفيه اشعار بانه لو باع مولاه بعد الدين كان باطلا فقيل معناه سيبطل لانه موقوف على اجازة الغرماء وقيل انه فاسد لانه لو اعتقه المشترى بعد القبض يصح ولزمه قيمته فلايكون موقوفا كما فى القهستانى (فيباع فيه) اى يبيع القاضى المأذون مرة فى ذلك الدين بطلب الغرماء بحضرة مولاه اونائبه وان لم يرض بذلك مولاه (ان لم يفده) اى الدين (المولى) وقال زفر يتعلق بالكسب لابالرقبة لانه مأذون فى التجارة لا فى التصرف فى رقبته لان غرض المولى من اذنه تحصيل مال لم يكن لاتفويت مال قد كان بخلاف دين الاستهلاك فانه يباع فيه بجناية لاتعلق لها بالاذن وبه قال الشافعى ومالك وعن احمد يتعلق بذمة مولاه ولنا انه ظاهر فى المولى بسبب الاذن وكل دين يظهر فى حقه فهو متعلق بالرقبة لانه لابد من محل يستوفى منه واقرب المحال اليه نفسه فصار كدين الاستهلاك والجامع دفع ضرر الناس (ويقسم) القاضى (ثمنه) اى ثمن العبد (ومافى يده) اى فى يد المأذون (من كسبه) بين الغرماء (بالحصص) اى بمقدار نصيب دين كل واحد منهم لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصصون فى الاستيفاء من البدل كما فى التركة (سواء) كان (كسبه) اى كسب المأذون فى يده (قبل الدين او بعده اواتهبه) وحاصله سواء كان كسبه قبل الدين او بعده بالمبايعة او بقبول الهبة وفيه اشعار بانه يشترط حضور المأذون فى بيع كسبه لانه الخصم فيه ولايشترط رضاه ولاحضور مولاه (ومابقى عليه) اى على العبد من الدين بعد مااقتسم الغرماء ثمنه (يطالب به بعد عتقه) ولايطالب به للحال اذ لهم الخيار فى القليل العاجل بالبيع والكثير الآجل بالسعاية لافى الجمع بينهما ولافى الطلب للعبد من المولى لانقطاع تعلقه به (وما اخذه سيده منه) اى من كسبه (قبل) ظهور (الدين لايسترد) لانه اخذه

حين كان فارغا عن حاجة العبد فيخلص له بمجرد القبض (وله) اى المولى (اخذ غلة) اى اجرة (مثله مع وجود الدين) يعنى لو كان المولى يأخذ من العبد كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين يكون له اخذ غلة بعد وجود الدين مثل ما اخذه قبل الدين استحسانا والقياس ان لا يأخذ لان الدين مقدم على حق المولى فى الكسب وجه الاستحسان ان فى اخذه الغلة منفعة للغرماء فانه يتركه على حاله لاجل ما يحصل له من المنفعة ولو لم يأخذ يحجر عليه فيسد عليهم باب الاكتساب (والزائد عليها) اى على غلة مثله (للغرماء) لعدم الضرورة فيه وتقدم حقهم (ويحجر) المأذون غير المدبر (ان ابق) لان الاباق يمنع ابتداء الاذن عندنا على ما ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده وكذا يمنع بقاءه فلا يلزم شئ من تصرفاته كالبيع وعند زفر والائمة الثلاثة يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن فلا ينافى دوامه وهل يعود الاذن ان عاد من الاباق فالصحيح انه لا يعود وفى القهستانى لو اذن الآبق لم يصح الاذن لكن فى الهداية اشارة الى انه قد صح اذنه كاذن العبد المغصوب فانه قد صح الا انه لا يبطل اذنه به وفصل فى الذخيرة بانه ان اقر الغاصب او كان للمالك بينة حاضرة عادلة فقد صح الاذن والا فلا (او مات سيده او جن مطبقا او لحق بدار الحرب) حال كونه (مرتدا) علم العبد بذلك او لم يعلم اما الموت فلانه يزيل الملك واما الجنون فلانه يزيل الاهلية واما اللحاق فلانه موت حكما (او حجر عليه) اى يصير محجورا ان حجر المولى عليه بان قال حجرتك عن التصرف او بايصال خبر الحجر اليه بشرط ان يعلم المأذون حجر نفسه للاحتراز عن الضرر هو قضاء الدين بعد الحرية (وعلم به اكثر اهل سوقه) اى سوق العبد لان الاكثر قائم مقام الكل هذا اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلمه الا العبد فيكفى علمه بحجره وقال الشافعى حجره صحيح وان لم يعلم به احد من اهل سوقه وبه قال مالك واحمد (و) يحجر (الامة) المأذون (ان استولدها) سيدها عندنا استحسانا لانه يمنع عن ان تخرج الى الناس لتتعامل معهم فيكون الاستيلاد حصانا دالا على الحجر عادة الا اذا نهاصريحا وهو يتفوق دلالته وقال زفر لا يصير محجورا عليها اعتبارا للبقاء بالابتداء فانه يصح ان يأذن لام ولده والبقاء اسهل وبه قالت الائمة الثلثة (لا) تحجر الامة المأذونة (ان دبرها) المولى وهذا بالاجماع لانعدام دلالة الحجر (ويضمن) المولى (القيمة للغريم فيهما) اى فى الاستيلاد والتدبير لانه اتلف بهما محلا تعلق به حق الغرماء وهو حق الرقبة المحبوسة عنده لانه بفعله امتنع بيعهما وبالبيع يقضى حقهم وعند الائمة الثلثة لا يضمن (واقراره) اى المأذون وهو رفع بالابتداء (بعد الحجر بدين او بان ما فى يده امانة) لغيره (او غصب) منه (صحيح) فيقضى مما فى يده لا من رقبته لانها ليست من كسبه بل من كسب مولاه هذا عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا لا يصح اقراره وهو القياس لان المصحح هو الاذن وقد زال وبه قالت الائمة الثلثة وجه الاستحسان ان المصحح هو اليد وهى باقية حقيقة وبطلان اليد حكما بالحجر فراغ ما فى يده من الاكتساب عن حاجته واقراره دليل على تحققهما (وان استغرق دينه) اى دين المأذون (رقبته وما فى يده لا يملك سيده ما فى يده) من اكتسابه عند الامام ثم فرع عليه بقوله (فلو اعتق عبدا مما فى يده لا يصح) عند الامام (وعندهما) وعند الائمة الثلثة (يملك) السيد ما فى يده (فيصح عتقه) فى عبده ويغرم قيمته للغرماء لوجود سبب الملك فى كسبه وهو كونه مالكا رقبته ولهذا يحل وطئ المأذونة وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه والعتق وعدمه فرع ثبوت الملك وعدمه وقال صاحب المنح ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق ولو كان المولى يملك ما معه لعتق ولو اتلف المولى ما فى يده من الرقيق ضمن لانه اتلف ما لا يملكه ولو كان المولى يملك ما معه لم يضمن (وان لم يستغرق) دينه رقبته (صح) اعتاق عبده (اتفاقا) اما عندهما فظاهر واما عنده فانه لا يعرى

عن دين قليل فلو جعل مانعا لايبقى الانتفاع بكسبه فيفوت الغرض من الاذن (ويصح بيعه) اى بيع هذا المأذون (من سيده بمثل القيمة) او اكثر لانه لاتهمة فى البيع بمثل القيمة فيصح (لا) يصح بيعه (باقل) من القيمة ولو يسيرا لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له ان يبطل حقهم اما لو كان دينه اقل بحيث لايحيط فجاز بيعه باقل من قيمته لعدم تعلق حق الغرماء و فى القهستانى وهذا عنده واما عندهما فيبيع من سيده مطلقا الا ان السيد مخير بين ازالة الغبن و بين نقض البيع و يبيع من اجنبى بالغبن اليسير لاالفاحش وقيل الصحيح ان قوله كقولهما كما فى الكافى (و) يصح (بيع سيده منه) اى من هذا المأذون (بمثلها) اى بمثل القيمة وبالاقل منها لايصح لان المولى اجنبى عن كسب عبده اذا كان عليه دين فالكلام فيه لانه لايملك كسبه فيخرج المبيع عن ملكه فيصح كما فى الاجنبى وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان المولى يستحق اخذ الثمن والعبد المبيع فثبت لكل واحد منهما مالم يكن ثابتا قبل ذلك فافاد كما فى التبيين (لا) يصح (بالاكثر) لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء (فلو باع) المولى منه (باكثر) من قيمة المثل (يحط) المولى (الزائد) عن القيمة (او ينقض البيع) صيانة لحق الغرماء كما فى المبسوط بلا ذكر الخلاف لكن فى المحيط وغيره انه عندهما واما عنده فالبيع فاسد وان اسقط المحاباة وكان الغبن يسيرا كما فى القهستانى (فان سلم سيده اليه) اى الى العبد (المبيع قبل نقد الثمن سقط) عن ذمة هذا المأذون (الثمن) اى ثمن مبيع باعه سيده منه لان المولى لما سلم المبيع فقد ابطل حقه من العين فلم يبق له حق الا فى الدين مع ان المولى لايستوجب على عبده دينا فيبطل الثمن ايضا فيخرج مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى احق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فلكه به عنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان احق به و بخلاف ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لايسقط الثمن كما فى التبيين وعن ابى يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قائما فى يد العبد و يحبسه حتى يستوفى الثمن (وله) اى للمولى (ان لايسلمه) اى المبيع (حتى يأخذ ثمنه) لان البيع لايزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فيبقى للمولى على ما كان عليه حتى يستوفى الثمن ولذا يكون اخص من سائر الغرماء (ويضمن السيد) للغرماء (باعتاقه) العبد (المأذون) حال كونه (مديونا الاقل من قيمته) اى العبد (ومن الدين) اى ان كانت قيمة المأذون اقل من الدين ضمن سيده للغرماء القيمة لتعلق حقهم برقبته وان كان الدين اقل من القيمة ضمن الدين لان حق الغرماء ليس الا فيه وقد وصلوا اليه وصار هذا كما لو اعتق الراهن المرهون (ومازاد من دينه على قيمته طولب به معتقا) اى للغرماء ان يطالبوه بعد عتقه لان الدين مستقر فى ذمته لوجود سببه والمولى لم يتلف الا قدر القيمة فبقى الباقى عليه كما كان فيرجع به عليه وعند مالك والشافعى يؤخذ من كسبه والا طولب بعد عتقه قبل الغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا المعتق بالدين وان شاؤا اتبعوا المولى باقل من قيمته ومن الدين (وان باعه) المولى (وهو) اى العبد المأذون (مديون مستغرق) برقبته (وغيبه مشتريه) اى جعله المشترى بعد قبضه غائبا (فللغرماء اجازة بيعه واخذ ثمنه) اى ان شاء الغرماء اجازوا البيع واخذوا ثمن العبد وحينئذ لايضمنون احد القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق (او تضمين اى شاؤا من السيد والمشترى قيمته) اى قيمة العبد لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشترى وانما قيد بقوله وغيبه لان الغرماء اذا قدروا على العبد كان لهم ان يبطلوا البيع الا ان يقضى المولى ديونهم (وان ضمنوا السيد) اى اختاروا تضمين قيمته اياه (ثم رد عليه) اى رد المشترى العبد على البايع بقضاء (بعيب) اى بسبب عيب بعد ما ضمنه الغرماء قيمته (رجع) المولى (عليهم) اى على الغرماء (بالقيمة فعاد حقهم) اى الغرماء (فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا او بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية او الشرط وان رده بالعيب

بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضى اقالة وهى بيع جديد فى حق غيرهما وان فضل شئ من دينهم رجعوا به على العبد بعد الحرية (وان باعه) المولى (و) الحال انه قد (اعلم) المشترى (بكونه مديونا فللغرماء رد البيع ان لم يصل ثمنه اليهم) لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء او الاستيفاء من رقبته وفى كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثانى ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه (وان وصل) ثمنه (اليهم ولا محاباة فى البيع فلا) اى فليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم فينفذ البيع لزوال المانع هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لا يفى بدينهم فاما اذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء متأخر وكذا اذا كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم وكذا اذا كان الثمن يفى بدينهم (فان غاب البايع) بعد بيع المولى المأذون وقبض المشترى (فالمشترى ليس خصما لهم ان انكر) اى المشترى (الدين) عند الطرفين (وعند ابى يوسف هو خصم ويقضى لهم بالدين) لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له واما اذا كان البايع حاضرا والمشترى غائب فالحكم كذلك اجماعا (ومن قال) عند قدومه مصرا (انا عبد فلان فاشترى وباع) ساكتا عن اذنه وحجره او غير ساكت (فحكمه كالمأذون) بناء على ان امور المسلمين محمولة على الصلاح والجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه مع ان العمل بالظاهر هو الاصل فى المعاملات دفعا للضرر عن الناس او لان تصرفه واقدامه عليه كالحر دليل الاذن (الا انه لا يباع فى الدين) لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن لان المدبر المأذون اذا لحقه الدين لا تباع رقبته اذ الدين لم يظهر فى حق المولى لان الغرور والضرر ليس من جانبه فيطالب الدين من العبد بعد عتقه (ما لم يقر سيده باذنه) يعنى اذا حضر المولى واقر باذنه او اثبت الغريم اذنه على وجه المولى فيباع العبد المأذون

﴿ فصل ﴾

فى بيان حكم الصبى والمعتوه (تصرف الصبى ان نفع) بلا ضرر اصلا (كالاسلام وقبول الهبة والصدقة صح بلا اذن) اى بلا توقف على اذن الولى لكونه اهلا ولو على القصور (وان ضر) اى ان كان تصرفه ضارا (كالطلاق والاعتاق فلا) يصح (ولو) وصلية (باذن) لانعدام الشرط فيه وهو الاهلية الكاملة (وان احتملهما) اى النفع والضرر (كالبيع والشراء صح بالاذن) اى باذن الولى (لا بدونه) اى الاذن علق باذن وليه دفعا للضرر بانضمام رأى الولى فى المتردد بينهما وعند الشافعى لا يصح تصرفه باجازة الولى ولذا لا يصح اسلامه (فاذ اذن للصبى فى التجارة ابوه او جده عند عدمه) اى عدم الاب (او وصى احدهما) اى وصى الاب والجد عند عدم وصى الاب والمراد منه الترتيب لان وصى الاب مقدم على الجد وترتيبه ابوه مادام حيا حاضرا وبعد موته وصيه المختار ثم وصيه كما فى القهستانى ثم جده هو اب الاب ثم وصيه ثم وصى وصيه (او القاضى) اى ثم القاضى او من يقوم مقامه دون الام ووصيها وصاحب الشرط (فحكمه) اى حكم هذا الصبى (حكم العبد المأذون) فى جميع ما ذكرنا من الاحكام من انه لا يتقيد بنوع من التجارة ويكون مأذونا بسكوت الولى حين يراه يبيع ويشترى ويصح اقراره بما فى يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما (بشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك والشراء جالبا له) اى للملك زاد الزيلعى عليه وان يقصد الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش (فلو اقر) الصبى المأذون بالتجارة من قبل الولى (بما فى يده من كسبه) من عين او دين لوليه او لغيره لانه من تمام التجارة ولو لم يصح لا يعامله الناس (او ارثه) اى بما ورث عن ابيه او غيره (صح اقراره فى ظاهر

رواية لان الحجر ارتفع بالاذن فصار كالبالغ وعن الامام انه لا يصح في الارث لان الحاجة في صحة الاقرار بامهه للحاجة اليه في التجارة ولا حاجة في الموروث (والمعتوه) الذي يعقل البيع والشراء بالغبن المذكور (بمنزلة الصبي) فيما مر من الاحكام وفي التبيين تفصيل فليراجع (وصح اذن الوصي او القاضي لعبد اليتيم) لان لهما تصرفا في مال اليتيم والاذن منه

﴿ كتاب الغصب ﴾

وكان المناسب ايراده تلو كتاب الحجر لما بينهما من المناسبة الظاهرة لكن عارضه ان ايراد المأذون بعد الحجر ادخل في المناسبة لما تقرر من انه فك الحجر فاورده بعده كما في المنح وهو في اللغة اخذ شيء من الغير على وجه القهر مالا كان او غيره حتى يطلق على اخذ الحر ونحوه مما لا يتقوم يقال غصبه منه وغصبه عليه وقد يسمى المغصوب غصبا تسمية للمفعول بالمصدر وفي الشرع (هو) اي الغصب (ازالة اليد المحقة) اي التي لها حق (باثبات اليد المبطلة) في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه لا بخفية وهذه القيود لا بد منها لان قولنا في مال بمنزلة جنس لكونه شاملا مع انه احتراز عن ميتة وحر وقولنا متقوم احتراز عن خمر مسلم وقولنا محترم احتراز عن مال الحربي وقولنا قابل للنقل احتراز عن العقار فان غصبه غير متصور خلافا لمحمد فعنده الغصب تفويت يد المالك لا غير وعند الائمة الثلاثة اثبات يد مبطلة لا غير وفائدة الخلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا وعندهم مضمونة وقولنا بغير اذن مالكه احتراز عن اخذه من يد المالك باذنه كالوديعة وقولنا لا بخفية احتراز عن السرقة ثم اشار الى الخلاف بقوله (فاستخدام العبد) اي عبد الغير بغير اذنه (وحمل الدابة) اي دابة غير بغير اذنه (غصب) لوجود ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة فيهما (لا الجلوس على البساط) لان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه اذ البسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن اخذا وعند الائمة الثلاثة الجلوس ايضا غصب (وحكمه) اي الغصب (الاثم ان علم) انه مال الغير وان ذلك الفعل غصب واقدم عليه اما ان ظن انه ماله فالضمان ولا اثم اذ الخطاء مرفوع (ووجوب رد عينه) اي عين المغصوب (في مكان غصبه) اي غصب الغاصب اياها لاختلاف القيم باختلاف الاماكن (ان كانت) العين (قائمة) بقوله صلى الله تعالى عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد اي يجب على اليد الغاصب رد ما اخذت حتى ترد فاذا ردت سقط وجوب الرد (والضمان لو هلكت) اي العين سواء علم او لم يعلم وسواء هلك او لم يهلك لانه حق العبد فلا يتوقف على علمه وقصده (ففي المثلي) وهو ما يوجد له مثل في الاسواق بلا تفاوت معتد به كما في اكثر الكتب لكن يشكل بنحو التراب والصابون فانه قيمي (كالكيلي والوزني والعددي المتقارب) اي ما لا يتفاوت احاده في القيمة (يجب مثله) لان هذا الواجب ضمان جبر والجبر انما يتحقق بايجاب المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ورد العين هو الموجب الاصلي لانه اعدل الكل ورد القيمة او المثل مخلص يصار اليه عند تعذر رد القيمة ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولو اتى بالقيمة او المثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بان سلمه اليه بجهة اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه اياه فاكله والمالك لا يدري انه ملكه وفي الاطعام خلاف الشافعي كما في شرح الكنز للعيني (فان انقطع المثل) عن ايدي الناس (تجب قيمته يوم الخصومة) والقضاء عند الامام لان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى فصار اصلا في ضمان العدوان وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لكونه خلفا عنه ولا ينقطع الاحتمال بالانقطاع ولكن بالخصومة والقضاء ولذا لو صبر المالك الى مجيء اوانه كان له ان يطالب بالمثل الكامل وبه قال مالك واكثر الشافعية وهو الصحيح كما في القهستاني نقلا عن التحفة (وعند ابي يوسف يوم الغصب) لان سبب الوجوب هو الغصب فتعتبر قيمته يومه وفي القهستاني هو اعدل الاقوال كما قال صدر

الشريعة وهو المختار على ماقال صاحب النهاية (وعند محمد يوم الانقطاع) لانه صار الان كالذى
لامثل له وبه قال احمد وبعض الشافعية وبه افتى كثير من المشايخ كما فى القهستانى وفيه كلام لان
يوم الانقطاع على قول محمد لاضبط له (وفى القيمى كالعددى المتفاوت) كالثياب والحيوان والمثلى
المخلوط بخلاف جنسه (نحو البر المخلوط بالشعير) والموزون الذى فى تبعيضه ضرر كالاوانى
المصنوعة بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية بجعله نادرا بالنسبة الى اصله كالقمقم والقدر والابريق
(تجب قيمته يوم الغصب اجماعا) لانه لامثل له لان الصورة لما تعذر اعتبارها لتفاوتها اعتبر المعنى
وهو القيمة دفعا للضرر بقدر الامكان وقال مالك يضمن مثله صورة وفى المنح كل مكيل وموزون مشرف
على الهلاك مضمون بقيمته فى ذلك الوقت كسفينة موقورة اخذت فى الغرق والقى الملاح مافيها
من المكيل والموزون فى الماء يضمن قيمتها ساعتئذ وفى الصيرفية صب ماء فى طعام فافسده وزاد
فى كيله فله ان يضمنه قيمة الحنطة قبل ان يصب الماء فيه وليس له ان يضمنه طعاما مثله هذا
اذا لم ينقله الى مكان فان نقله يضمن المثل لانه حينئذ غصب وهو مثلى يجب عليه المثل بخلاف ما
لو صب الماء فى موضع الذى فيه الحنطة بغير نقل (فان ادعى) الغاصب (الهلاك) اى هلاك
المغصوب (حبس) ذلك الغاصب اذا لم يرض المالك بالقيمة فانه مقر بالغصب فاذا انكر اقام عليه
بينة والصحيح انه تقبل البينة فى حق الحبس كما فى القهستانى (حتى يعلم) ويظن بمضى مدة
موكولة الى رأى القاضى (انه) اى المغصوب (لو كان باقيا لاظهره ثم يقضى) الحاكم
(عليه) اى على الغاصب (بالبدل) اى بدل المغصوب اى بالمثل فى المثلى وبالقيمة فى القيمى وفى التنوير
ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وادعى المالك الهلاك عند الغاصب واقاما البرهان
فبرهان الغاصب اولى هذا عند محمد وعند ابى يوسف بينة المالك اولى وفى المنح الغاصب او المودع
المتعدى اذا قال لا اعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك يقول قيمته كذا درهما وهو لا يصدقه
ولا يقر بشئ من القيمة وتقول لا اعرف قيمته فانه يحلف على دعوى المدعى فان لم يحلف يكون
حكمه حكم النكول يحكم عليه بعد العرض ثلثا ولو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبه مائة فالقول
قول الغاصب مع يمينه ويجبر على البيان لانه اقر بقيمة مجهولة فاذا لم يبين يحلف على مايدعى
المغصوب منه من الزيادة فان حلف يحلف المغصوب منه ايضا ان قيمة ثوبه مائة ويأخذ من
الغاصب فاذا اخذ ثم ظهر الثوب كان الغاصب بالخيار ان شاء رضى بالثوب وسلم القيمة للمغصوب
منه وان شاء رد الثوب واخذ القيمة (والغصب انما هو فيما ينقل) لانه ازالة يد المالك باثبات يده
وذلك يتصور فى المنقول ثم فرع عليه بقوله (فلو غصب عقارا) هو ماله اصل وقرار كالضيعة
والدار (فهلك فى يده) بان غلب السيل على الارض او هدم البناء بآفة سماوية (لا يضمن) عند
الشيخين لانتفاء الشرط هو النقل بل يرد لما مر ان الغصب ازالة اليد بفعل فى العين وهو لا يتصور
فى العقار لان يد المالك تزول عنه باخراجه وهو فعل فيه لا فى العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشى
حتى تلف لا يضمن لان منع المالك بالتبعيد فعل فيه لا فى المواشى (خلافا لمحمد) فان عنده يجرى
الغصب فى العقار لان ازالة اليد فيه يكون بما يمكن لا بالنقل وبقوله قال ابو يوسف اولا وزفر
وهو قول الائمة الثلاثة وبه يفتى فى الوقف كما فى شرح الكنز للعينى وغيره وفى المنح الفتوى فى غصب
العقار والدور الموقوفة بالضمان وقال الاستروشنى وعماد الدين فى فصوله والاصح انه اى العقار
يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود فى الوديعة اى اذا كان العقار وديعة عنده فجحده كان ضامنا
بالاتفاق وبالرجوع عن الشهادة بان شهدا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضاء ضمنا (وما نقص
منه) اى من العقار (بفعله كسكناه) اى سكنى الغاصب فى الدار المغصوبة (وزرعه) فى الارض
المغصوبة (ضمنه) اى النقصان بالاجماع كما فى النقلى لان ذلك اتلاف واهلاك والعقار يضمن به

ولايشترط لضمان الاتلاف في يده قيل في تفسير النقصان انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده وقيل بل ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فيضمن تفاوت ما بينهما من النقصان وقال العيني وغيره وهو الاقيس (ويأخذ) الغاصب (رأس ماله) وهو البذر وماغرم من النقصان وما انفق على الزرع (ويتصدق بالفضل) عند الطرفين حتى اذا غصب ارضا فزرعها كرين فاخرجت ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ منه اربعة اكرار ويتصدق بالباقي (وعند ابي يوسف لايتصدق به) اي بالباقي لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لان ماضمن من الفايت يملكه بالضمان ولهما انه صار ملكا له ملكا خبيثا وحراما لخبث السبب وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدق (وكذا لو استغل العبد المغصوب) اي او آجر العبد المغصوب واخذ غلته (فنقصه الاستغلال او آجر) المستعير (المستعار ونقص يضمن النقصان) لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة ماتعذر رده من اجزائه كلا او بعضا (وما فضل من الغلة او الاجرة تصدق به) عند الطرفين (خلافا له) اي لابي يوسف لما ذكرنا آنفا (وان تصرف في الغصب او الوديعة فربح وهما يتعينان بالتعيين) كالعروض ونحوها (تصدق بالربح) ولايطيب له عند الطرفين (خلافا له) اي لابي يوسف (ايضا) اي كخلافه في المسئلة التي قبلها (وان كانا) اي المغصوب والوديعة (لايتعينان) كالنقدين فقد قال الكرخي على اربعة اوجه ذكرها المصنف بقوله (فان اشار) التصرف (اليهما) اي الى دراهم الغصب والوديعة (ونقدهما فكذلك) لايطيب له الربح ويتصدق به عندهما خلافا له (وان اشار الى غيرهما ونقدهما) اي دراهم الغصب والوديعة (او اشار اليهما ونقد غيرهما او اطلق) اطلاقا ولم يشر اليهما ولا الى غيرهما بل قال اشتريت بدرهم (و) لكن (نقدهما) اي دراهم الغصب والوديعة (طاب له الربح اتفاقا قيل وبه) اي بعدم الطيب في الاولى وبالطيب في الصور الثلث الباقية (يفتى) قاله صاحب الوقاية موافقا لما في المحيط حيث قال الفتوى على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس في هذا الزمان وهذا قول الصدر الشهيد وفي الدرر وبه كان يفتي الامام ابو الليث (والمختار) عند مشايخنا (انه لايطيب مطلقا) يعني في الصور كلها لاطلاق المبسوط والجامعين (ولو اشترى بالف الغصب او الوديعة جارية تعدل الفين فوهبها او طعاما فاكله لايتصدق بشيء) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس كما في الهداية

﴿فصل﴾ (وان غير ما غصبه) بالتصرف فيه احتراز عما اذا تغير بغير فعله بان صار العنب مثلا زبيبا بنفسه او الرطب تمرا فالمالك يخير ان شاء يأخذه وان شاء يتركه ويضمنه (فزال) بذلك التغيير (اسمه) اي اسم المغصوب احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فقط فان مالكها لم يزل بالذبح المجرد اذ لم يزل اسمها به حيث يقال شاة مذبوحة لكن اورد على ذلك بقولهم شاة مشوية مع انها تخالف المذبوحة في الحكم (واعظم منافعه) اي اكثر مقاصده احتراز عن دراهم فسبكها بلاضرب فانه وان زال اسمه لكن يبقى اعظم منافعه ولذا لاينقطع حق المالك عنه كما في المحيط وغيره فلم يكن زوال الاسم مغنيا عن اعظم المنافع كما في القهستاني فعلى هذا ان ما قاله صاحب الدرر من انه لم يقل واعظم منافعه لان من قصد تناوله الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة ونحوها يزول بالطحن ولاحاجة اليه لان قوله زال اسمه مغن عنه لانه يلزمه ابس بسديد بل هو عدم اطلاع ما قررنا نقلا عن المحيط وغيره تدبر (ضمنه) اي الغاصب المغصوب (وملكه) بتقرر الضمان على الغاصب كما هو المتبادر واليه ذهب بعض المتقدمين وقال بعض المتأخرين ان سبب الملك الغصب عند اداء الضمان فلو ابى المالك عن اخذ القيمة واراد اخذ المغير لم يكن له ذلك كما في النهاية لكن حكى عن الامام مفتي الثقلين ان الصحيح عند المحققين من مشايخنا على قضية

مذهب اصحابنا انه لايملك الا عند تراضى الخصمين بالضمان اوقضاء القاضى به اواداء البدل كما فى القهستانى نقلا عن الذخيرة وعند الشافعى فى القول الاظهر لاينقطع حق المالك وهورواية عن ابى يوسف غيرانه اذااختاراخذالعين لايضمن النقصان عنده فى الاموال الربوية وعند الشافعى يضمنه (ولايحل انتفاعه) اى انتفاع الغاصب (به) اى بالمغصوب المغير (قبل اداء الضمان) استحسانا والقياس الحل وهو رواية عن الامام وقول الحسن وقول زفر لان ملكه ثبت بكسبه والملك مبيح للتصرف ولهذا لووهبه اوباعه صح وجه الاستحسان ان فى اباحة الانتفاع به قبل الاداء فتحا لباب الغصب فيحرم الانتفاع لكن جاز للغاصب بيعه وهبته لانه مملوك له بجهة محظورة كالمقبوض بالبيع الفاسد (كشاة ذبحها وطبخها اوشواها اوقطعها وبرطحنه اوزرعه ودقيق خبزه وعنب اوزيتون عصره) قيد للعنب والزيتون (وقطن غزله وغزل نسجه وحديد جعله سيفا وصفر جعله آنية وساجة) بالجيم وهو مفرد ساج وهو شجر عظيم صلب قوى ينبت ببلاد الهند وهى من اعز الاشجار ويستعمل فى بناء الدور وابوابها واساسها واما اذابنى عليها فلاينقطع حق المالك لانه متعد فى البناء عليها والساجة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما اذابنى فى الارض المغصوبة (اولبنة بنى عليها) وهذه الاشياء تمثيلات للاعيان المغصوبة المتغيرة بفعل الغاصب تغيرها ظاهر فيماعدا الساجة واما تغيرها فيها فلانها كانت نقلية والآن صارت من العقار ولذا استحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه ومتغيرا من وجه والتغير يوجب انقطاع حق المالك وهو يملكها بهذه التصرفات عندنا خلافا للشافعى وهو يضمنه النقصان وفى الذخيرة انما يزول الملك عن الساجة اذا كانت قيمتها اقل من قيمة البناء واما اذا كانت اكثر منها فلاتزول عن ملكه كما فى شرح المجمع (وان جعل الفضة والذهب دراهم اودنانير او) جعل الفضة اوالذهب (آنية لايملكه) اى المجعول (وهو المالكه بلاشئ) فى مقابلة الجعل عند الامام لان الجودة والصنعة فى الاموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لاقيمة لها ولهذا لوغصب حليا فكسره ثم رده الى مالكه لايضمن (وعندهما يملكه الغاصب وعليه) اى على الغاصب (مثله) اى مثل الذهب والفضة لتبدل الاسم بالصنعة (فان ذبح) الغاصب (الشاة) بغيراذنه (فالمالك) يخير (ان شاء طرحها) اى الشاة (عليه) اى على الغاصب (وضمن قيمتها) اى الشاة المذبوحة (اواخذها) اى الشاة (وضمنه نقصانها) اى الشاة بذبحها اولوجود نقصان بعض منافعها كالدر والنسل دون بعض اذلحمها منتفع به وروى الحسن عن الامام انه ليس له ان يضمنه النقصان اذا اخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها والاول هو الظاهر (وكذا لوقطع يدها) اى يد الشاة لان قطع اليد اوالرجل كالذبح فى الحكم فله الخيار المذكور فى الذبح (اوقطع طرف دابة غير مأكولة) وظاهر كلام المصنف انه يخير فيه ايضا بين تضمين جميع قيمتها وتركها له وبين تضمين نقصانها لكن ما فى اكثر الكتب المعتبرات يخالف ظاهره لانهم قالوا لوكانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمنه نصف قيمته مع اخذه انتهى وفى الفرائد تفصيل وحاصله ان العلماء اختلفوا ففرق بعضهم بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم كما فى الهداية ومختار الفتاوى وشروح الكنز والدرر وغيرها وبعضهم سوى بينهما والمصنف اختار التسوية بينهما فلهذا قال اوقطع طرف دابة غير مأكولة معطوفا على ما قبله انتهى لكن التسوية على قول محمد فقط لما فى الخانية ولوذبح حمار غيره ليس له ان يضمنه النقصان فى قول الامام ولكن يضمنه جميع القيمة وعلى قول محمد وان ذبح حمار غيره فللمالك ان يمسك الحمار ويضمنه النقصان وان شاء ضمنه كل القيمة ولايمسك المذبوح وان قتله قتلا فليس له ان يضمنه النقصان وقال محمد ان كان له قيمة بعد قطع اليد والرجل فان شاء ضمنه جميع القيمة وان شاء امسك الدابة

ويضمن النقصان والاعتماد على قول الامام انتهى فعلى هذا ان ماقال صاحب الفرائد ليس بشئ
بل الصواب ان يقال ان مراد المصنف من قطع طرف دابة غيره اكوارة الدابة التى يمكن الانتفاع
بما بقى فيه لما فى النهاية نقلا عن النوادر اذا قطع اذن الدابة اوذنبها يضمن النقصان فلهذا قال
من قطع طرف دابة غيره اكوارة ولم يقل يد دابة اورجلها وكذا يضمن النقصان اوقال صاحب الدابة
انى اضمنه النقصان ولا اسلم الجلد اليه ان كان لجلدها ثمن تتبع (اوخرق الثوب) اى يخير ايضا
لوخرق ثوب الغير (خرقا فاحشا يفوت) الجملة صفة خرقا (بعض العين وبعض نفعه) لا كله
لانه لوفوت كل النفع ضمنه كل القيمة هذا تفسير الخرق الفاحش على الصحيح وفى التبيين والصحيح
ان الفاحش مايفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير
مالايفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان فى المنفعة وفى النهاية ان الفاحش هو
المستأصل الثوب وهو ان يجعل الثوب لايصلح الا للخرق ولايرغب فى شرائه وعزاه الى الحلوانى
قلت وفى المجتبى والصحيح ماحده محمد له وهو ان يفوت بعض العين وجنس منافعه ويبقى بعض
العين وبعض المنفعة وقيل يرجع فى ذلك الى الخياطين وقيل ان كان طولا ففاحش وان كان عرضا
فيسير والكل فى المنح (وفى) خرق (يسير نقصه) اى نقص الخرق الثوب والجملة صفة يسير
(ولم يفوت شيئا من النفع يضمن) الخارق (نقصانه) يعنى مع اخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين
قائمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له ان يضمنه النقصان (ولو بنى) رجل (فى ارض
غيره اوغرس) فيها شجرا (امر) البانى والغارس (بالقلع) فى ظاهر الرواية (والرد) اى رد
الارض الى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق اى الذى عرق ظالم وصف
العرق بصفة صاحبه وهو الظلم مجازا كما يقال صام نهاره وقام ليله هذا اذا كانت الارض لاتنقص
بالقلع (وان كانت تنقص بالقلع فللمالك ان يضمن له) اى الغاصب (قيمتهما) اى قيمة البناء والغرس
(مأمورا بقلعهما) لان فيه دفع الضرر عنهما وانما يضمن قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع ثم بين
طريق معرفة قيمتهما بقوله (فتقوم الارض بلا شجر او بناء) بمائة مثلا (وتقوم مع احدهما) بمائة
وعشرة حال كونه (مستحق القلع) فحينئذ ينقص منها اجرة القلع هى درهم فيبقى مائة وتسعة
دراهم (فيضمن) المالك (الفضل) هو التسعة قال المشايخ هذا اذا كانت قيمة البناء او الغرس
اقل من قيمة الارض واما اذا كانت قيمة البناء او الغرس اكثر من قيمة الارض فلا يقال للغاصب اقلع
البناء او الغرس ورد الارض بل يضمن قيمة الارض فيملكها بالضمان وبه يفتى بعض المتأخرين لكن
ظاهر الرواية ماذكر فى المتن وبه يفتى البعض فى زماننا سدا لباب الظلم هذا اذا كانت الارض ملكا
اما اذا كانت وقفا فيؤمر بالقلع والرد مطلقا وفى التبيين وعلى هذا لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر
ايهما اكثر قيمة فلصاحبه ان يأخذ ويضمن قيمة الاخر وعلى هذا التفصيل لو ادخل فصيل
غيره فى داره وكبر فيها ولا يمكن اخراجه الا بهدم الجدار وعلى هذا التفصيل لو ادخل البقر رأسه
فى قدر من النحاس فتعذر اخراجه (وان صبغ) الغاصب (الثوب) الذى غصبه (احمر
او اصفر اولت السويق) الذى غصبه (بسمن فالمالك) بالخيار (ان شاء ضمنه) اى الغاصب
(قيمة ثوبه) حال كونه (ابيض) اى اخذ قيمة ثوب ابيض لانه متلف من وجه (و) ضمنه
(مثل سويقه) لكونه مثليا وترك ماغصبه الغاصب له (او اخذهما) اى ان شاء اخذ الثوب والسويق
(وضمن مازاد الصبغ والسمن) فى الثوب والسويق لان الصبغ مال متقوم كالثوب وبغصبه
وصبغه لايسقط حرمة ماله ويجب صيانتهما ماامكن وذا فى ايصال معنى مال احدهما اليه وابقاء
حق الاخر فى عين ماله وهو فيما قلنا من التخيير الا انا اثبتنا الخيار لرب الثوب لانه صاحب اصل
والغاصب صاحب وصف كما فى الدرر وعند الشافعى يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر

الامكان ويسلمه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان (وان صبغه) اى الثوب (اسود ضمنه) اى المالك (قيمته ابيض او اخذه بلا ردشئ لانه) اى الصبغ بالسواد (نقص) عند الامام (وعندهما الاسود كغيره وهو) اى الاختلاف بين الامام وبينهما (اختلاف زمان) فان بنى امية فى زمانه كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفى زمانهما بنوا العباس كانوا يلبسون السواد فاجاب كل عما شاهده وفى التنوير يرد غاصب الغاصب المغصوب على الغاصب الاول يبرأ عن ضمانه كما وهلك المغصوب فى يد غاصب الغاصب فادى القيمة الى الغاصب اذا كان قبضه القيمة معروفا غصب شيئا ثم غصبه اخر منه فاراد المالك ان يأخذ بعض الضمان من الاول وبعضه من الثانى له ذلك الاجازة لا تلحق الاتلاف فلو اتلف مال غيره تعديا فقال المالك اجزت اورضيت لم يبرأ من الضمان كسر الغاصب الخشب فاحشا لا يملكه ولو كسره الموهوب له لم ينقطع الرجوع

﴿ فصل ﴾

فى بيان مسائل تتصل بمسائل الغصب (وان غيب ما غصبه) اى ان جعل الغاصب المغصوب غائبا (وضمن قيمته) المالك (ملكه) اى الغاصب المغصوب ان كان قابلا للنقل من ملك الى ملك هذا عندنا لان المالك ملك البدل بكماله فيملك الغاصب المبدل والا يلزم اجتماع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد فلا توجد العدالة بل يقع الضرر فيملك الغاصب المبدل كما ملك المالك البدل تحقيقا للعدالة بينهما ودفعا للضرر حتى لوكان المغصوب قريب الغاصب يعتق عليه باداء الضمان عندنا وقال الشافعى لا يملكه الغاصب لان الغصب محظور فلا يصلح سببا للملك (مستندا الى وقت الغصب) وكل شئ ثبت مستندا فهو ثابت من وجه دون وجه فيكون ناقصا فلا يظهر اثره فى حق الاولاد ويظهر فى حق الاكساب وعن هذا قال (وتسلم له الاكساب) للتبعية (دون الاولاد) لان تبعيتهم فوق تبعية الاكساب الا يرى ان ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب ولا يكون اكسابهما مدبرا ومكاتبا (والقول فى القيمة) عند اختلافهما فيها (للغاصب مع يمينه) لانه منكر (ان لم يبرهن مالكه على الزيادة) التى ادعاها فان اقيمت حجتها وجبت تلك الزيادة ولم يعتبر قول الغاصب حينئذ لان المالك اثبته بالحجة الملزمة وفيه اشعار بانه اولم يقم واقام الغاصب حجة القلة لم تقبل وهو الصحيح بل يحلف على دعواه لان بينته تنفى الزيادة والبينة على النفى لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغى ان تقبل لاسقاط اليمين عن نفسه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام بينة على ذلك قبلت وكان القاضى ابو على النسفى يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح كما فى النهاية وغيرها وفى المنح الغاصب او المودع المتعدى اذا قال لا اعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك يقول قيمته كذا درهما وهو لا يصدقه ولا يقر بشئ من القيمة ويقول لا اعرف قيمته فانه يحلف على دعوى المدعى فان لم يحلف يكون حكمه حكم النكول وهل يشترط ذكر اوصاف المغصوب فى دعوى الغصب ام لا الاصح عدم الاشتراط قال محمد فى الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجئ بها او يردها على صاحبها وتمامه فى العناية فليراجع (فان ظهر المغصوب الغائب (وقيمته اكثر) اى حال كون قيمته اكثر مما ضمن الغاصب به (و) الحال انه (قد ضمنه) الغاصب (بقول المالك او ببرهانه او بالنكول) اى بنكول الغاصب عن اليمين (فهو) اى المغصوب (للغاصب ولا خيار للمالك) لانه رضى به لادعائه هذا القدر وينفذ بيع غاصب ضمن القيمة بعد بيعه (وان ضمنه) الغاصب (بقوله) اى بقول الغاصب مع يمينه (فالمالك) بالخيار (ان شاء امضى الضمان) اى اجاز ضمانه بان رضى بالبدل وترك المغصوب فى يد الغاصب (او) ان شاء (اخذه) اى المغصوب الظاهر من الغاصب (ورد عوضه) الذى اخذه من الغاصب لانه لم يرض بزوال عينه بهذا المقدار لادعائه الزيادة فيصير اخذه لضرورته عن اقامة البينة قال العينى وغيره

ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ماضمنه اواقل في هذه الصورة وهي مااذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخي لاخيارله لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهوالاصح (ولو برهن كل من المالك والغاصب على الهلاك عندالآخر) اي او اقام الغاصب البينة على انه رد المغصوب الى المالك فهلك عنده واقام المالك بينة على انه هلك عندالغاصب (فبينة الغاصب اولى) عند محمد لان الضمان ثابت بنفس الغصب فلا حاجة الى اثباته لكن الغاصب يدعي زواله والمالك ينكره فبينة الغاصب تكون اولى وفي المجمع وهذا ظاهر المذهب (خلافا لابي يوسف) فان عنده بينة المالك اولى لانها مثبتة للضمان ولم ينقل عن الامام شيء وفي الجواهر ولوشهدوا ان الغاصب غصب هذا العبد ومات عنده وشهد شهود الغاصب انه مات في يد المالك لم تسمع بينة الغاصب وروى عن محمد في الاملاء ان البينة بينة الغاصب ولو اقام المالك البينة ان الغاصب غصب يوم النحر بالكوفة واقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو والعبد فالضمان واجب على الغاصب ولوشهد احدهما انه غصب هذا العبد منه وشهد آخر على اقراره بالغصب لم تقبل (ومن غصب عبدا فباعه) اي الغاصب المغصوب (فضمنه) المالك قيمته (نفذ بيعه) اي بيع الغاصب (وان اعتق فضمنه) بعده لاينفذ عتقه والفرق ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا كاملا وهو يكفي لنفاذ البيع دون العتق الا ترى ان البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه (وزوائد المغصوب غير مضمونة مالم يتعد) الغاصب (فيها) اي في الزوائد (او يمنعها بعد طلب المالك اياها) اي الزوائد (سواء كانت متصلة كالحسن والسمن اومنفصلة كالولد والثمر) لانها امانة وحكمها هذا وقال الشافعي عليه الضمان مطلقا لوجود حد الغصب لما هو اثبات اليد المبطلة بحسب عنده ولنا ان سبب الضمان اخراج العين من ان تكون منتفعا بها في حق المالك ولم يوجد الا اذا وجد ما يفوت حقه كالتعدي والمنع بعد الطلب فحينئذ يتحقق حد الغصب لانه صار مزيلا على المالك يد التصرف والانتفاع و يستثنى منه منافع غصب الوقف فانها تضمن وعليه الفتوى كما في القهستاني نقلا عن العمادي (وان نقصت الجارية بالولادة في يد الغاصب) اي اذا ولدت الجارية المغصوبة التي حبلت عند الغاصب ولدا ونقصت بالولادة (ضمن) الغاصب (نقصانها) اي الجارية (و) لكن (يجبر) النقصان (بقيمة الولد) قال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لانه ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه كما لوجز صوف شاة الغير ونبت آخر فلا يفيد اتحاد سبب الزيادة والنقصان فيلزم عليه الضمان ولنا ان سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد فاذا صار مالا انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان (او) يجبر (بالغرة) لانها كالولد لكونها قائمة مقامه لوجوبها بدلا عنه (ان وفت) قيد القيمة الولد والغرة معا اي يجبر النقصان بقيمة الولد ان كان في قيمته وفاء و يسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء به يسقط بحسابه وكذا يجبر النقصان بالغرة ان فيها وفاء به و يسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء يسقط بحسابه ايضا (ولوزنى) الغاصب بامة غصبها) ثم (ردها) اي الامة (حاملا فولدت فماتت) عند المالك (بها) اي بسبب الولادة في نفاسها (ضمن) الغاصب (قيمتها يوم علوقها) عند الامام لان ما انعقد فيها من العلوق هو سبب التلف فلا يوجد الرد بعد ذلك على الوجه الذي غصبها كما اذا جنت في يد الغاصب وقتلت في يد المالك (بخلاف الحرة) يعني لو اخذها مكرهة فزنى بها فردها حاملا فولدت و ماتت لا يضمن الغاصب ديتها لان الحرة لاتكون مضمونة بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد (وعندهما لايضمن في الامة ايضا) اي كالحرة بل يضمن نقصان الحبل وهو قول الائمة الثلاثة لان سبب التلف هو الولادة في يد المالك بعد صحة الرد من

الغاصب لان العيب لايمنع صحة الرد ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليها نقصان العيب (واوردها محمومة) اى اوغصب امة فحمت ثم ردها محمومة (فماتت لايضمن) الغاصب الانقصان الحمى اتفاقا كما فى البزازية وغيرها لان الموت يحصل بزوال القوى وانه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد فى يد الغاصب فيجب عليه قدر ما كان عنده دون الزيادة وفى الجواهر اذا غصب صبيا حرا من اهله فمرض ومات فى يده فلا ضمان عليه وكذا اذا اصابه شئ من السماء ولو عقره سبع اونهشته حية فالغاصب ضامن وفى نسخة فعلى عاقلة الغاصب الدية (وكذا اوزنت) الامة المغصوبة (عنده) اى عند الغاصب (فردها) اى الامة (فجلدت) فى يد المالك (فماتت منه) اى من الجلد لايضمن الغاصب الانقصان الزنا لانه الحاصل عنده لاسبب الموت وهو الجلد (ولايضمن) الغاصب (منافع ماغصبه سواء سكنه) اى فيما غصبه (اوعطله) اى جعله معطلا هذا عندنا وعند الشافعى واحمد يضمن فيجب اجر المثل لانها مال متقوم مضمونة بالعقود كالاعيان وعند مالك يضمن بالاجر فى السكون لا فى التعطيل ولنا ان عمر وعليا رضى الله تعالى عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب اجر منافع الجارية والاولاد مع علمهما ان المستحق يطلب جميع حقه وان المغرور كان يستخدمها مع الاولاد ولوكان ذلك واجبا لما سكتا عن بيانه بوجوبه عليهما ولعدم المماثلة بين المنافع والدراهم لانعدام البقاء فى المنافع فلايكون تقومها لذاتها بل لضرورة عند ورود العقد ولاعقد هنا واما اذا انتقص بالاستعمال فيضمن لاستهلاكه بعض اجزاء العين (الا فى الوقف) وكذا فى مال اليتيم والمعد للاستغلال ذكر صدر القضاة وتصير الدار معدة للاستيجار اذا بناها لذلك اواشتراها لذلك اوتواجر ثلث سنين على الولاء ويشترط علم المستعمل بكونها معدة حتى يجب الاجر واستثنى صاحب المنح فقال الا اذا سكنها بتأويل ملك اوعقد بغير منافع المعد للاستغلال مضمونة فى كل الاحوال الافيما ذكر من السكنى بتأويل ملك اوعقد كبيت سكنه احد الشريكين اما فى الوقف اذا سكنه احدهما بالغلبة بدون اذن الاخر سواء كان موقوفا للسكنى اوللاستغلال فانه لايجب الاجر واما السكنى بتأويل العقد لما تقدم عن القنية من سكنى المرتهن بتأويل عقد الراهن انتهى (ولا) يضمن ايضا (خمر المسلم اوخنزيره بالاتلاف) سواء كان المتلف مسلما اوذميا لعدم تقومهما فى حق المسلم والعبرة بجانب المتلف عليه دون المتلف (وضمن) المتلف (القيمة فيهما اوكانا) اى الخمر والخنزير (الذمى) لانهما مال فى حقه وقد امرنا ان نتركهم ومايدينون وعند الشافعى لايضمن لعدم التقوم ايضا فى حق الذمى لكونه تابعا فى الاحكام لنا (وان اتلف ذمى خمر ذمى ضمن مثلها) لقدرته عليه ولواسلم الطالب بعد ماقضى له بمثلها فلاشئ على المطلوب لان الخمر فى حقه ليست بمتقومة فكان باسلامه مبريا له عما كان فى ذمته من الخمر وكذا لواسلما ولواسلم المطلوب وحده اواسلم المطلوب ثم الطالب بعده قال ابو يوسف لايجب عليه شئ وهو رواية عن الامام وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن الامام وفى التنوير بخلاف مااشتراها اى الخمر من الذمى وشربها فلاضمان عليه (ولاضمان باتلاف الميتة ولو) وصلية (لذمى) لان احدا لايعتقد تمولها (ولا) ضمان (باتلاف متروك التسمية عمدا ولو) وصلية (لمن يبيحه) من المسلمين لان استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والخصم مؤمن به فتثبت ولاية المحاجة فلا يجب على متلفه الضمان ولاعلى من اشتراه الثمن ولاينعقد صحيحا (وان غصب خمر مسلم فخللها) اى صيرها خلا (بمالاقيمة له) كالنقل من الشمس الى الظل اومن الظل الى الشمس (اخذها المالك بلاشئ) لان التخليل بماذكر تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فلايوجب المالية فيبقى على ملك المغصوب منه (فلو اتلفها) اى الخمر التى تصير خلا

الغاصب قبل ان يردها الى المالك (ضمنها) لان المغصوب واجب الرد عليه فاذا فوته عليه وجب عليه قيمته خلفا عنه (لا) يضمن (ان تلفت) بلا صنعه لانه لم يوجد منه التفويت (وان خلل) الغاصب الخمر (بالقاء ملح) ذى قيمة ونحوه (ملكها) اى الخمر التى تصير خلا (ولا شئ) للمالك (عليه) اى على الغاصب عند الامام لان الخمر لم تكن متقومة والملح مثلا متقوم فترجح جانب الغاصب فيكون له بغير شئ (وعندهما يأخذها المالك ان شاء ويرد قدر وزن الملح من الخل) هكذا ذكروه كانهم اعتبروا الملح مايعا لانه يذوب فيكون اختلاط المايع بالمايع فيشتركان عندهما (فلو اتلفها الغاصب لايضمن) عند الامام (خلافا لهما) لما سيأتى فى دبغ الجلد (وان خللها بالقاء خل ملكها ولا شئ للمالك عند الامام) ولو بمرور الزمان لانه استهلاك الخمر الغير المتقومة فى حق المسلم كما لو اراقها والخلط استهلاك عنده (وكذا) ملكها الغاصب ولا شئ للمالك (عند محمد ان تخللت من ساعتها) لانه استهلاك (والا) اى وان لم يتخلل من ساعتها بل بعد زمان (فالخل بينهما على قدر ملكهما) وفى التبيين وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال الامام وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر فيصير فى التقدير كانه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك عند محمد وان كان ما يملان الجنس لايهلك بجنسه وقيل ظاهر الجواب فيها انه يقسم بينهما بقدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها او بعد حين اما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذا عند الامام لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لايضمن بالاتلاف فصار كما اذا اختلط بنفسه من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب فى هذه الرواية ينبغى ان يجب عليه الضمان اجماعا كما فى النهاية انتهى (وان غصب جلد ميتة فدبغه بما لاقيمة له) كالتراب والشمس (اخذه المالك بلا شئ) اذ ليس فيه مال متقوم للغاصب وكانت الدباغة اظهار المالية والتقوم فصارت كغسل الثوب (فلو اتلفه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا) اتفاقا (وقيل) ظاهرا (غير مدبوغ) لان وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صنعة الدباغة تابعة الجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صنعته (وان دبغه) اى الغاصب الجلد المغصوب (بماله قيمة) كالعفص والقرظ (يأخذه المالك ويرد مازاد الدبغ) لانه بهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم فيأخذ الجلد ويعطى مازاد الدباغ فيه وطريق معرفته ماذكره بقوله (بان يقوم مدبوغا وذكيا غير مدبوغ ويرد) المالك الى الغاصب فضل ما بينهما كما فى الثوب المصبوغ (وللغاصب ان يحبسه) اى الجلد (حتى يستوفى حقه) لان فعل الغاصب متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه كحبس المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الابق بالجعل (وان اتلفه) اى الغاصب الجلد المدبوغ بماله قيمة (لايضمن) عند الامام لان تقوم الجلد المذكور قد حصل بمال الغاصب وصنعه فقام حقه فيه ولذا كان له ان يحبسه حتى يستوفى مازاده الدباغ الظاهر ان صنعته متقومة لانفاقه فيه مالا متقوما فصار الجلد تابعا لها فى حق التقوم لانه لم يكن متقوما قبل الدباغة ثم الاصل وهو الصنعة او المال غير مضمونة عليه بالاتلاف فكذا التابع غير مضمون من غير صنعة وفى الباقانى على صدر الشريعة فى هذا المحل كلام لكن دفعه ابن الشيخ فى شرح الوقاية فليراجع (وعندهما يضمنه مدبوغا الا قدر مازاد الدبغ) لانه استهلاك مالا متقوما للمالك فعليه الضمان (ولو تلف لايضمن اتفاقا) لعدم صنعه (ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له) اى للمسلم (سكرا) بفتحتين اسم للنئ من ماء الرطب اذا غلا واشتد (او منصفا) هو ماذهب نصفه بالطبخ وغلا واشتد (ضمن قيمته صالحا لغير اللهو) ففى البربط يضمن الخشب الصالح للاستعمال وكذا الباقى وفى سكر ونحوه يضمن قيمته صالحا لكونه خلا وغيره (ويصح بيع

هذه الاشياء) عند الامام لانها اموال لصلاحيتها لما يحل به الانتفاع وان صلحت بما لا يحل فصارت كالامة المغنية والحمامة الطيارة (وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها) لان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها وبقولهما قالت الائمة الثلثة (وعليه الفتوى) لفساد الزمان فيما بين الناس حتى ذكر الصدر الشهيد ان البيت يهدم على من اعتاد الفسق وانواع الفساد وانه لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وباراقة العصير قبل ان يشتد على من اعتاد الفسق وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة او طبل الحاج او طبل العيد او الدف الذي يباح ضربه في العرس او يلعب به الصبية في البيت فيضمن بالاتلاف بالاتفاق كما في شرح الكنز للعيني (ومن غصب مدبرة فماتت في يده) اى في يد الغاصب (ضمن) الغاصب (قيمتها) بالاتفاق لتقومها وكذا الحكم لو غصب مدبرا فلا فائدة في التخصيص سوى التوطئة والمناسب لقوله (ولو) غصب (ام ولد) فماتت في يده (فلا ضمان) عليه عند الامام لعدم تقومها عنده (خلافا لهما) فان عندهما يضمن قيمتها لتقومها عندهما وبقولهما قالت الائمة الثلاثة (واوشق الزق لاراقة الخمر) التي فيه (لا يضمنه عند ابي يوسف) لانه قد لا يتيسر الاراقة الا بالشق فيكون مأذونا فيه (خلافا لمحمد) هو يقول ان الاراقة ممكنة بدون الشق فيضمن الزق لانه مال متقوم (ولا ضمان على من حل قيد عبد غيره او) حل (رباطة دابته) اى دابة غيره (او فتح اصطبلها) اى اصطبل دابة الغير (او) فتح (قفص طير) غيره (فذهب) العبد او الدابة او الطير عقيب ذلك الفعل هذا عند الشيخين لانه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو ذهاب العبد والدابة وطير ان الطيور واختيارهم صحيح وتركه منهم متصور والاختيار لا ينعدم بانعدام العقل فيضاف التلف الى المباشرة دون التسبب كما في الاختيار (خلافا لمحمد في الدابة والطير) لانه فرق بين ذي العقل وغيره ذكر هذا الخلاف صدر الشريعة والمفهوم من الشمني وغيره ان الخلاف في الطير لانه قال وعن محمد يضمن في الطائر سواء طار من فوره او مكث ساعة ثم طار لان الطائر مجبول على النفار قيدنا بالذهاب عقيب الفتح لانه لو مكث ساعة ثم ذهب لا يضمن عندنا وعند الشافعي خلافا لمحمد في رواية وفي الاختيار ذهبت دابة رجل ليلا او نهارا بغير ارسال صاحبها فافسدت زرع رجل لا ضمان عليها لانها ذهبت باختيارها وفعلها هدر وان ارسلها ضمن رجل وجد في زرعه او داره دابة فاخرجها فهلكت او اكلها الذئب لم يضمن لان له ولاية الاخراج وان ساقها بعد الاخراج ضمن (ولا) ضمان (على من سعى الى سلطان بمن يؤذيه ولا يندفع) عنه (الا بالسعي) ودفع اليه لان دفع الايذاء عن نفسه حقه فلا يلزمه الضمان لما اخذه السلطان اما لو كان دفع الايذاء ممكنا بلا سعاية فسعى اليه فيلزم الضمان (او) لا ضمان للساعي (بمن يفسق ولا يمتنع بنهيه) اى الساعي لوجوب دفع المنكرات بما امكن (ولا) ضمان (على من قال لسلطان قد يغرم وقد لا يغرم ان فلانا وجد مالا) هذه الجملة مقول القول (فغرمه شيئا) لا يضمن الساعي لانتفاء السبب في هذه الصور بتوسط فعل فاعل مختار (وان كان عادته) اى عادة السلطان (ان يغرم البتة ضمن) الساعي لوجود السبب (وكذا) ضمن الساعي (او سعى بغير حق عند محمد زجرا له وبه) اى بقول محمد (يفتى) لكثرة السعاة في زماننا وعند الشيخين لا يضمن الساعي للامر وفي التنوير ولو مات الساعي للمسعى به ان يأخذ قدر الخسران من تركته (ولو اطعم الغاصب المغصوب مالكه برئ وان) وصلية (لم يعلمه) اى وان لم يعلم الغاصب المالك انه طعامه لانه عين ماله وصل اليه فلا يضمنه ثانيا وكذا فيما اذا لبس الثوب المغصوب مالكه خلافا للشافعي وفي الغرر امر شخص عبد غيره بالاباق او قال اقتل نفسك ففعل وجب على الآمر قيمته ولو قال له اتلف مال مولاك فاتلف لا يضمن استعمل عبد الغير لنفسه وان يعلم انه عبد او قال ذلك العبد انى حر ضمن قيمته ان هلك ولو استعمله لغيره لا يضمن

﴿ كتاب الشفعة ﴾

تناسب

الكتابين من حيث ان كلا منهما يفضي الى تملك مال الانسان بغير رضاه الا ان الغصب يصلح
شيئا لتملك مال والشفعة لاتجرى الا في العقار فلذلك قدم الغصب مع كونه عدوانا (هي) اي
الشفعة لغة فعلة بالضم بمعنى مفعول من قولهم كان هذا الشئ وترا فشفعته باخر اي جعلته
زوجا له فهي في الاصل اسم للملك المشفوع بملك ولم يسمع منها فعل ومن لغة الفقهاء باع الشفيع
الدار التي يشفع بها اي تؤخذ بالشفعة كما في القهستاني ومنه شفاعة النبي صلى الله تعالى عليه وسلم
للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين وفي الشرع (تمليك العقار) وهو الضيعة وقيل ماله اصل من دار
وضيعة وما في حكمه كالعلو دون المنقول كالشجر والبناء فانه من منقول لم تجب الشفعة فيه الا
بتبعية العقار كالدار والكرم والرحى والبئر وغيرها (على مشتريه بما) اي بالذي اي بالثمن الذي
(قام عليه) اي على المشتري (جبرا) اي من حيث الجبر ومعناه اللغوي وهو موجود فيه مع زيادة
اوصاف كالتملك وعلى وجه الجبر وقيل هي ضم بقعة مشتراة الى عقار الشفيع بسبب الشركة
او الجوار وهذا احسن كما في شرح الكنز للعيني وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشتري لانها تجب
لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار وايقاد
النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب لاسيما اذا كان يضاده كما قيل اضيق السجون
معاشرة الاضداد وشرطها ان يكون المحل عقارا سفلا كان او علوا احتمل القسمة اولا وان يكون
العقد عقد معاوضة مال بمال وركنها اخذ الشفيع من احد المتعاقدين عند وجود سببها مع
شرطها وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى
يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب (وتجب) اي تثبت ولاية الشفعة (بعد
البيع) الصحيح او فاسدا انقطع فيه حق المالك (وتستقر بالاشهاد والطلب في الحال) حتى لو اخر
ساعة قبل الاستقرار تبطل شفعته لان حقها ضعيف متزلزل فلا بد من الطلب والاشهاد في الحال
فاذا اشهد استقر فبعد ذلك لاتبطل بالتأخير (وتملك بالاخذ بقضاء اورضاء) والصواب ان يقول
وتملك بالقضاء او الاخذ بالرضاء كما في الغرر لان القاضي اذا حكم يثبت الملك للشفيع من غير اخذ
وحاصله انه يملك العقار المشفوع باحد الامرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه او بحكم
الحاكم من غير اخذ كما في اكثر المعتبرات تأمل (وانما تجب) اي تثبت الشفعة (للخليط) وهو الشريك
الذي لم يقاسم (في نفس المبيع) وهذا بالاجماع (فان لم يكن) اي وان لم يوجد الخليط في نفس
المبيع (او) وجد ولكن (سلم) الشفعة (فللخليط في حق المبيع كالشرب) بكسر الشين وهو
الشريك الذي لم يخالط (والطريق الخاصين) ثم فسر ذلك بقوله (كنهر لاتجرى فيه السفن)
اي اصغر السفن مثال للشرب الخاص (وطريق لاينفذ) مثال للطريق الخاص حتى اذا كانا عامين
لم يستحق بهما الشفعة فالنهر العام عند الطرفين ما تجرى فيه السفن كدجلة وفرات وذكر
شيخ الاسلام اختلفوا فيه فقيل الخاص ما يتفرق ماؤه بين الشركاء ولايبقى اذا انتهى الى آخر
الاراضي ولايكون له منفذ والعام ما يتفرق ويبقى وله منفذ وعامة المشايخ على انه ما كان شركاؤه
لايحصون واختلفوا فيما لايحصى من خمسمائة اومائة او اربعين او عشرة وعن ابي يوسف
الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحات اوثلثة ومازاد على ذلك فهو عام والاصح انه مفوض
الى رأى كل مجتهد في زمانه وهو اشبه الاقاويل (ثم) تثبت بعد الطريق (للجار الملاصق) اي
لجار له عقار واحترز به عما يكون وقفا او اجارة او وديعة لانها لاتثبت فيهما لما في التجريد لاشفعة
في الوقف ولابجواره (ولو بابه في سكة اخرى) والظاهر ان لو وصلية لكن الاولى ان يقول او كان بابه
في سكة اخرى بدون الواو ولانه ان كان بابه في تلك السكة كان خليطا في حق المبيع فلا تكون جارا ملاصقا
فلذا قال صاحب الهداية وغيره في تفسير الجار الملاصق هو الذي داره على ظهر الدار المشفوعة

وبابه فى سكة اخرى وقال الشافعى لاشفعة بالجوار بل بالشركة فى البقعة لقوله عليه الصلاة
والسلام الشفعة فيما لا يقسم وبه قال مالك واحمد ولنا قوله عليه الصلوة والسلام جار الدار احق
بالدار من غيره فلا يثبت للجار المقابل اذا كانت السكة نافذة اما اذا كانت غير نافذة فثبتت (ومن)
مبتدأ (له جذوع على حائطها) اى حائط الدار (او) من له (شركة فى خشبة عليه) اى على
الحائط (جار) خبر المبتدأ لان الجار بهذا المقدار لا يكون خليطا فى حق المبيع ولا يخرج من
كونه جارا ملاصقا (وان) كان شريكا (فى نفس الجدار فشريك) يقدم على الخليط لكن فى التبيين
وغيره واذا كان بعض الجيران شريكا فى الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة فى البناء
المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذى عليه البناء مشتركا بينهما
كان هو اولى من غيره من الجيران انتهى فيلزم التوفيق بينه وبين ما فى المتن بان مراد المصنف
البناء والمكان الذى عليه البناء لا البناء المجرد تدبر (وهى) اى الشفعة (على عدد الرؤس) اى
رؤس الشفعاء (لا السهام) اى سهام ملكهم لان علة الاستحقاق اتصال الملك لا قدره والترجيح
لقوة العلة لا للكثرة واذا قسم على التنصيف ما باع شريك لصاحب نصف من ثلث وسدس
وبجاره جاران احدهما من ثلث جوانب وثانيهما من جانب خلافا للشافعى اذ عنده يقضى بقدر
الاملاك لا بقدر الرؤس لان الشفعة من مرافق الملك فيكون على قدر الملك وفى التنوير اسقط
بعضهم حقه من الشفعة بعد القضاء ليس لمن بقى اخذ نصيب التارك ولو كان بعضهم غائبا
تقضى بالشفعة بين الحاضرين فى الجميع وكذا لو كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضى له
بالشفعة ثم اذا حضر وطلب قضى له بها اسقط الشفيع الشفعة قبل الشراء لم يصح اراد الشفيع
اخذ البعض وترك الباقى لم يملك ذلك جبرا على المشترى ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض
لم يصح وسقط حقه به (فاذا علم الشفيع البيع) اى بيع العقار المشفوع (يشهد) من الاشهاد
(فى مجلس علمه) اى الشفيع على (انه يطلبها) سواء علم بسمع البيع من البايع او المشترى او بسمع الكلام
فى حق البيع او باخبار شخص بان فلانا باع داره بلفظ يفهم طلبها كطلبت الشفعة او نا طالب
لها او اطلبها لان الاعتبار للمعنى والمعتبر الطلب دون الاشهاد وانما الاشهاد للاثبات حتى لو صدقه
المشترى على الطلب لا يحتاج الى الشهود ثم اعتبار المجلس اختيار الكرخى وبعض مشايخ بخارى
للتأمل وفى رواية الاصل يشترط على فور علمه بالبيع حتى لو سكت ساعة تبطل واليه ذهب مشايخ
بلخ وعامة مشايخ بخارى وعليه الفتوى كما فى المنح وقيل تبطل ان سكت ادنى سكوت حتى لو اخبر
بكتاب والشفعة فى اوله او وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد العلم
بالمشترى وبالثمن (ويسمى) اى الطلب فى المجلس (طلب مواثبة) اى مسارعة من الوثوب سمى به
ليدل على غاية التعجيل (ثم يشهد عند العقار) لانه محل للشفعة او يشهد (على المشترى) ولو غير
ذى يد بان يقول له اطلب منك الشفعة فى دار اشتريتها من فلان حدودها كذا وانا شفيعها بالشركة
فى الدار او الطريق او بالجوار بدار حدودها كذا فسلمها الى فلا بد ان يبين حدود الدارين مع كل
واحدة من مراتب الثبوت كما فى الخانية لكن فى الكافى وغيره ان تبين هذه الامور ليس مما لا بد منه
وفيه اشارة الى ان له الاشهاد عند ابعد هؤلاء مع الاقرب على ما قال بعض المشايخ وذهب
الاخرون الى انه انما يشهد عند الاقرب كما فى القهستانى (او على البايع ان كان المبيع فى يده)
فلا يصح الاشهاد عند بايع ليس بذى يد على ما ذكره القدورى واختاره الصدر الشهيد وذكر
شيخ الاسلام وغيره ان الاشهاد يصح عنده استحسانا وانما ذكر كلمة ثم اشارة الى ان مدة هذا
الطلب لم يكن على فور المجلس فى الاكثر بل مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد كما فى النهاية وغيره
حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته (فيقول اشترى فلان هذه الدار وقد كنت طلبت الشفعة) قبله

طلب المواثبة (وانا اطلبها الآن فاشهدوا على ذلك ويسمى هذا الطلب طلب تقرير واشهاد) ولابد منه لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي ولايمكنه الاشهاد على طلب المواثبة ظاهرا لانه على الفور فيحتاج بعد ذلك الى الاشهاد للتقرير (ثم يطلب عند قاض فيقول اشترى فلان دارا كذا واناشفيعها بسبب كذا) قيل هذا ظاهر فى الشفيع فى الجوار لافى الشفيع فى نفس المبيع (غرر) ايها القاضي (بالتسليم الى) حتى بالرد او بترك الدخل بينه وبيني فالتسليم على هذا المعنى لايقتضى القبض بل يوجد قبل القبض وبعده فلايرد ماقيل من انه هذا اذاقبض المشترى المبيع وطلب الخصومة لايتوقف عليه انتهى (ويسمى) هذا الطلب (طلب خصومة وتمليك) فلابد منه ايضا لانه لايحكم له بدون طلبه (ولاتبطل الشفعة بتأخيره) اى بتأخير طلب الاخذ (مطلقا) بعد ما استقرت شفعته بالاشهاد عند الشيخين (فى ظاهر المذهب وعليه) اى على قول الامام (الفتوى) لان الحق قد ثبت بالطلب فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق ولوكان التأخير بعذر من مرض اوسفر اوحبس اوعدم قاض يرى الشفعة بالجوار فى بلده لايسقط بالاجماع وان طالت المدة وعن ابي يوسف ان اخره مجلس حكم يبطل لتركه عند امكان الاخذ وفى رواية الى ثلثة ايام (وقيل يفتى بقول محمد) وزفر رواية عن ابي يوسف (انه) اى الشفيع (ان اخره) اى طلب الخصومة (شهرا بلاعذر بطلت) الشفعة لانه قال الفتوى اليوم على انه اذا اخر شهرا اسقطت الشفعة لتغير احوال الناس فى قصد الاضرار بالغير وفى المحيط والخلاصة ومنية المفتى ومختارات النوازل والفتوى على قول محمد (واذا ادعى) الشفيع (الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه) وهو المشترى عن الدار التى يشفع بها الشفيع هل هى ملك للشفيع اولا (فان اقر) المشترى (بملك مايشفع به) اوانكر فحلف (اونكل عن الحلف على العلم بملكيته) بان يحلف بالله ما اعلم انه مالك لما يشفع به (او) انكر (اوبرهن الشفيع) اى اقام بينة انها ملكه (سأله) اى القاضي المشترى (عن الشراء) فيقول له اشتريت ام لا (فان اقر) المشترى (به) اى بالشراء (او) انكر فحلف او(نكل عن اليمين انه ما ابتاع اوما استحق) اى الشفيع (عليه هذه الشفعة او برهن الشفيع) يعنى ان ثبوت الشفعة ان كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله مااستحق هذا الشفيع الشفعة على فان كان مختلفا فيه كشفعة الجوار يحلف عن السبب بالله ما اشتريت هذه الدار لانه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعي كما فى شرح الكنز وفى التنوير ومن لم ير الشفعة بالجوار كما فى مذهب الشافعي طلبها عند حاكم يراه (قضى) اى القاضي (له) اى للشفيع (بها) اى بالشفعة لثبوته عنده قال العيني والواجب فى هذا ان يسئل القاضي اولا عن المدعى عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدودها لانه ادعى حقا فلابد ان تكون معلومة فاذا بين ذلك سأل هل قبض المشترى الدار ام لا لانه اذا لم يقبضها لاتصح دعواه على المشترى حتى يحضر البايع فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من اشهد فاذا بين ذلك كله تمت دعواه ثم اقبل على المدعى عليه فسأله كما فى المتن (ولايشترط احضار الثمن وقت الدعوى) فى ظاهر الرواية فيجوز له المنازعة وان لم يحضره الى مجلس القاضي لان لزوم الثمن على الشفيع بعد القضاء لاقبله وعن محمد وهو رواية الحسن عن الامام انه لايقضى حتى يحضر الثمن لاحتمال ان يكون الشفيع مفلسا فيتوى المال على المشترى (فاذا قضى له لزم احضاره) اى الثمن لتحقق سبب اللزوم (وللمشترى حبس الدار لقبضه) اى للمشترى حبس الدار لقبض ثمنه فلو لم ينقده حبس القاضي الشفيع بالاباء لان الشفيع والمشترى نزلا منزلة البايع والمشترى (ولاتبطل شفعته بتأخير الثمن بعد ما امر) القاضي (باداته) اجماعا لتأكد الشفعة بالقضاء (وللشفيع ان يخاصم البايع ان كان المبيع فى يده) لان له يدا محقة اصالة فكان خصما كالمالك (و) لكن (لايسمع القاضي البينة) اى بينة الشفيع (عليه) اى البايع بغيبة المشترى (حتى يحضر المشترى) لانه المالك

(فيفسخ البيع بحضرته) اى المشترى عند حضور البايع لان احدهما صاحب يد والاخر ملكا (ويقضى بالشفعة على البايع ويجعل عليه) اى على البايع (العهدة) اى يجعل مايترتب على البيع من الاحكام على البايع قبل تسليم المبيع الى المشترى والعهدة على المشترى لو كان ذلك بعده لان البايع يصير اجنبيا كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان المصنف اطلق فى محل التقييد وقال الشافعى العهدة على المشترى مطلقا (والوكيل بالشراء خصم للشفيع) لانه العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد ولهذا لو كان البايع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه و يأخذها منه بحضرة المشترى (ما لم يسلم الى الموكل) فاذا سلمها الى الموكل لايبقى له يد ولا ملك فلايكون خصما بعده (وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان) وصلية (شرط المشترى البراءة منه) اى من العيب بالاجماع لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فيثبت فيهما الخيار ولا يسقط برؤية المشترى و بشرط براءته لان الشفيع ليس بنائب عنه فلايسقط حقه باسقاط المشترى

﴿فصل﴾

(وان اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول للمشترى) مع اليمين لان الشفيع يدعى عليه حق الاخذ عند نقد الاقل والمشترى ينكره فالقول للمنكر ولايتحالفان (ولو برهنا) اى اواقام كل منهما البينة على دعواه (فللشفيع) اى بينة الشفيع احق بالتقديم عند الطرفين لكونه مدعيا ولانه يمكن صدق البينتين بجريان العقد مرتين فيجعلان موجودين فالشفيع يأخذ بايهما شاء (وعند ابى يوسف للمشترى) اى بينة المشترى احق لانها تثبت الزيادة وهو قول الشافعى واحمد (وان ادعى المشترى ثمنا و) ادعى (البايع) ثمنا (اقل منه) اى من ذلك الثمن (اخذه) اى الشفيع العقار (بما قال البايع قبل قبض الثمن) سواء قبض المشترى العقار اولا لان هذا القول من البايع حط بعض الثمن عن المشترى والحط عنه حط عن الشفيع (وبما قال المشترى بعده) اى اخذ الشفيع بقول المشترى بعد قبض البايع الثمن لانه حينئذ كالاجنبى وبقى الاختلاف بين المشترى والشفيع فالقول للمشترى ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بالف لانه بين الثمن فى حال له ولاية البيان فيه فقبل بيانه وان قال قبضت الثمن وهو الف اخذها بقول المشترى لانه لما اقر باستيفاء الثمن اولا صار اجنبيا فلا يعتبر قوله فى مقدار الثمن وعند الائمة الثلاثة يأخذها بقول المشترى فيهما (وان عكسا) اى ادعى البايع ثمنا والمشترى اقل منه (فبعد القبض يعتبر قول المشترى) اى لو كان بعد قبض البايع الثمن اخذها الشفيع بما قال المشترى (وقبله) اى قبل القبض (يتحالفان) و يترادان البيع (واى) من البايع والمشترى (نكل) عن اليمين (اعتبر قول صاحبه) فيأخذها الشفيع بذلك لان النكول بمنزلة الاقرار بما يدعيه الاخر (وان حلفا فسخ البيع) اى فسخ القاضى العقد بينهما (و يأخذه) اى العقار (الشفيع بما قال البايع) لان فسخ البيع لايوجب بطلان حق الشفيع كما لورد عليه بعيب بقضاء قاض كما فى اكثر المعتبرات (وان حط) البايع (عن المشترى بعض الثمن يأخذه) اى العقار (الشفيع بالباقى) من الثمن سواء كان قبل قبضه او بعده لما مر ان الحط عن المشترى حط عن الشفيع اى الحط يلحق باصل العقد خلافا لزفر والائمة الثلاثة فان عندهم لا اثر للحط بل عليه الثمن المسمى (وان حط) البايع عن المشترى (الكل) اى كل الثمن (يأخذ) الشفيع (بالكل) اى بكل الثمن بالاجماع لانه يصير بيعا بلا ثمن وانه باطل لكن فى شرح الهداية للدهلوى كلام فليطالع (وان حط) البايع عن المشترى (النصف) اى نصف الثمن (ثم) حط (النصف) الاخر (يأخذ) الشفيع (بالنصف الاخير) لانه لما حط النصف التحق باصل العقد فوجب عليه النصف فلما حط النصف الاخر كان حطا للجميع فلا يسقط عن الشفيع وان زاد المشترى (فى الثمن) بعد عقد البيع (لايلزم الشفيع الزيادة) اى اخذه بالثمن الاول بالاجماع لانه حق الشفيع فىكليف الزيادة ابطال حقه (واذا كان الثمن مثليا لزم الشفيع

مثله) اى يأخذ الشفيع المبيع بمثل الثمن فى شراء العقار بمكيل اوموزون لانهما من ذوات الامثال (وان) كان الثمن (قيميا فقيمته) اى يأخذ المبيع بالقيمة فى شراء دار بثوب اوفرس لانهما من ذوات القيم و يأخذ كل واحد بقيمة الاخر فى شراء عقار بعقار لتحقق البدلية بينهما ولكونه من ذوات القيم (وان كان) الثمن (مؤجلا) باجل معلوم لانه ان كان مجهولا فالبيع فاسد (أخذ بثمن حال او يطلب) الشفيع شفعته (فى الحال) لان تركه بعد ثبوت حقه دليل الاعراض وفى الهداية فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضى الاجل (او يأخذ) الشفيع العقار (بعد مضى الاجل) لكون الثمن مؤجلا وقال زفر ومالك واحمد والشافعى (فى القديم له) ان يأخذها فى الحال بالثمن المؤجل لان الشراء وقع به ولنا ان الاصل فى الثمن ان يكون حالا وانما يؤجل بالشرط ولاشرط فى حق الشفيع (ولا يتعجل ما على المشترى لو اخذ الشفيع بالحال) لان الاجل ثبت له بالشرط فلا يبطل باخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشترى بثمن حال وان اختار الانتظار كان له ذلك لان له ان لا يلتزم الضرر الزائد كما فى التبيين (ولو سكت عن الطلب ليحل الاجل بطلت شفعته) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فان عنده لا تبطل بالتأخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه فى الحال بثمن مؤجل فلا فائدة فى طلبه فى الحال ولهما ان حقه قد ثبت ولهذا له ان يأخذ بثمن حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه تبطل الشفعة (ولو اشترى ذمى بخمر او خنزير يأخذه الشفيع الذمى بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمى والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ الاول بالمثل والثانى بالقيمة ولو اسلم الذمى صار حكمه حكم المسلم من الابتداء فيأخذها بالقيمة (و) يأخذه الشفيع (المسلم بالقيمة فيهما) اما الخنزير فمن ذوات القيم واما الخمر فلان المسلم عاجز عن تسليمها فالتحق بغير المثلى ثم ان طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمى اسلم او فاسق تاب وما فى الفرائد من انه بقى صورة وهى انه لو اشترى ذمى بخنزير وكان شفيعها مسلما او ذميا لم يبين حكمها كلام لانه بين آنفا ان المسلم يأخذ بالقيمة وكذا يأخذ الذمى بالقيمة لان الخنزير من ذوات القيم فلا وجه على ما قاله تأمل (ولو بنى المشترى) على الارض المشفوعة (او غرس) فيها فحكم بالشفعة (اخذها الشفيع بالثمن وبقيمتهما) اى البناء والغرس (مقلوعين) والمراد بقيمتهما مقلوعين قيمتهما مستحق القلع (كما فى الغصب او كلف المشترى قلعهما) اى البناء والغرس و يأخذ الارض فارغة بكل الثمن بدونهما وعن ابى يوسف لا يكلفه بالقلع بل يكون بالخيار بين ان يأخذها بالثمن و بقيمة البناء والغرس و بين ان يترك لان المشترى محق فى البناء وليس بمتعد اذ بنى فى ملكه المشترى والتكليف بالقلع من احكام العدوان و به قال الشافعى ولنا انه بنى فى محل ظهر تعلق حق متأكد للغير والشفيع من غير تسليط فيأمر الشفيع بالنقض كالغاصب اذا بنى لان حق الشفيع اقوى من حق المشترى لتقدم حق الشفيع عليه ولذا ينقض الشفيع بيع المشترى وهبته وجعله مسجدا ومقبرة وجعل تصرفه كالتصرف فى ملك الشفيع فى حق النقض وله ان ينقض المسجد و ينبش الموتى كما فى القهستانى (ولو استحقت) الارض (بعد ما بنى الشفيع او غرس رجع) الشفيع (على المشترى بالثمن فقط) يعنى لا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشترى ان اخذها منه معناه لا يرجع بالنقص بالقلع وعن ابى يوسف انه يرجع به لانه متملك عليه وكان كالمشترى وجه الظاهر والفرق بينه و بين المشترى ان المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشترى لان الشفيع اخذها منه جبرا (وان جف الشجر) بآفة سماوية (او انهدم البناء عند المشترى) بعد شراء المشترى بغير صنع احد ولم يبق شئ من نقض او خشب فاما اذا بقى به شئ من ذلك فلا بد من سقوط بعض

الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ (يأخذها الشفيع بكل الثمن ان شاء) ولا يسقط من الثمن شئ لانهما تابعان للارض حتى يدخلان فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن بخلاف ما اذا اتلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته (وان هدم المشترى البناء اخذ الشفيع العرصة بحصتها) من الثمن ان شاء وان شاء ترك لان المشترى قصد الاتلاف فيلزم الخيار المذكور ونقض الاجنبي كنقض المشترى (وليس له) اى للشفيع (اخذ النقض) بل هو للمشترى لكونه مفصولا ومنقولا (واذا اشترى المشترى الارض مع شجر مثمر) بان شرطه فى البيع (او غير مثمر فاثمر فى يده) اى المشترى بعد الشراء (اخذها الشفيع مع الثمر فيهما) لانه بالاتصال خلقة صار تبعا من وجه وهو الاستحسان والقياس ان لا يكون له اخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها (فان جزه) اى قطع الثمر واجتناه المشترى (فليس للشفيع اخذه) لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه (و يأخذ ماسواه) اى ماسوى الثمر (بالحصة فى الاول) وهو ما اذا اشتراها بثمرها فيسقط من الثمن حصة الثمر لانه دخل فى البيع مقصودا فيقابله شئ من الثمن (و بكل الثمن فى الثانى) اى فيما اثمر فى يد المشترى اى يأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ فى المبيع الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن وفى التنوير قضى للشفيع بالشفعة ليس له تركها الطلب فى بيع فاسد وقت انقطاع حق البايع اتفاقا

﴿باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب وما يبطلها﴾

اى الشفعة ذكر تفصيلها بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال (انما تجب) اى تثبت الشفعة (قصدا فى عقار) انما قال قصدا لانها تثبت فى غير العقار بتبعية العقار كالثمر والشجر كما فى الدرر قوله (ملك) على صيغة المجهول صفة عقار واحترز بقوله (بعوض) عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيهما وبقوله (هو مال) عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر ونحوه فان الشفعة لا تجب كما سيأتى (وان) وصلية (لم تمكن قسمته كرحى وحمام وبئر) وبيت صغير لا ينتفع اذا قسم عندنا لدفع ضرر الجوار خلافا للشافعى اذ عنده لا شفعة فيما لا يقسم لان وجوب الشفعة لدفع مؤنة القسمة فلا يستحق الا فيما يقسم (ولا تجب الشفعة (فى عرض وفلك) لانهما ليسا بعقار قال صلى الله تعالى عليه وسلم لا شفعة الا فى ربع او حائط خلافا لمالك فى السفينة (و بناء وشجر بيعا) صفة بناء وشجر (بدون الارض) لانهما منقولان وان بيعا مع الارض تجب فيهما الشفعة تبعا للارض (ولا) تجب (فى ارث وصدقة) لان تملكهما ليس بمقابلة مال (وهبة بلا عوض مشروط) فى العقد حتى لو عوض دارا اخرى لا تجب الشفعة ايضا فيها لان هذا التعويض تبرع لا عوض حقيقة عن الهبة وفيه اشارة الى انه اذا شرط العوض تجب لانها بيع انتهاء كما مر فى الهبة واما اذا وهب له هبة ثم عوض عنها بغير شرط لا تجب عندنا خلافا لمالك (وما بيع) اى لا تثبت الشفعة فى عقار بيع (بخيار البايع) لانه يمنع زوال الملك عن البايع (او) بيع العقار (بيعا فاسدا) يعنى اذا اشترى عقارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها ما قبل القبض فلبقاء ملك البايع فيها واما بعده فلاحتمال الفسخ لان لكل واحد من المتبايعين سبيلا من فسخه (ما لم يسقط حق الفسخ) فان سقط حق الفسخ فى البيع بخيار البايع بان اسقط الخيار او بنى المشترى فيها فى البيع الفاسد تجب الشفعة لزوال المانع وان اشترى بشرط الخيار فللشفيع الشفعة بالاجماع (ولا تثبت) الشفعة فى عقار (فيما قسم بين الشركاء) لان فى القسمة معنى الافراز ولم تشرع الا فى المبادلة المطلقة (او) لا تجب فى عقار (جعل اجرة) بان استأجر حماما بدار يدفعها اليه عوض الاجرة (او بدل خلع) بان خالعها على دار دفعها اليها (او) بدل (عتق) بان اعتق عبده على دار فلان فقبل العبد (او) بدل (صلح عن دم عمدا او) جعل (مهرا) لانها ليست

باموال ولا نسلم انها حق يأخذه الشفيع به هذا عندنا لان تقوم المنافع في الاجرة لضرورة الحاجة وكذا تقوم الدم لضرورة الصيانة عن الهدر وما يثبت بالضرورة لايتعدى عن موضعها فلا يكون متقومة في حق الشفعة واما الاعتاق فهو ازالة مالية فكيف يقوم المال وعند الائمة الثلاثة تجب فيها بناء على ان الاعواض متقومة عندهم (وان) وصلية (قوبل ببعضه) اي ببعض ما جعل بدلا بهذه الاشياء (مال) عند الامام لان معنى البيع فيه تابع فلا شفعة في التبع كما لاشفعة في الاصل (وعندهما تجب) الشفعة (في حصة المال) حيث كان فيها مبادلة مال بمال (ولا) تثبت (فيما صولح عنه) اي عن العقار (بانكار اوسكوت) لانه اذا صالح عنها بانكار تبقى الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها بالاقرار لانه معترف بالملك للمدعي كما في الهداية (وتجب فيما صولح عليه) اي العقار (باحدهما) وفي الهداية اذا صالح على الدار باقرار اوسكوت اوانكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لان المدعي اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنس المدعى به فيعامل بزعمه انتهى فعلى هذا ان تقييد المصنف بالانكار والسكوت مما لاينبغي تدبر (ولا) تجب شفعته (فيما سلمت شفعته ثم رد بخيار رؤية اوشرط اوبخيار عيب بقضاء) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في البيع لا في الفسخ قوله بقضاء قيد للرد بعيب سواء كان الرد بعد القبض اوقبله (وما رد به) اي بعيب (بلا قضاء اوبالاقالة تجب) الشفعة (فيه) لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء كما في الهداية وفي التبيين كلام وفي التسهيل جواب فليطالع ان شئت وقال زفر لاتجب لان العقد قد انفسخ بالرد بالعيب والاقالة وهو قول الشافعي واحمد (وتجب) الشفعة (في العلو وحده و) تجب (في السفل بسببه) اي بسبب العلو هذا اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار اما اذا كان طريق العلو في السفل فحينئذ تثبت الشفعة بالطريق لا من حق القرار لان شركة الطريق اقوى من حق القرار (و) تجب الشفعة (فيما بيع بخيار المشتري) لان الخيار لايمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتني عليه كما في الهداية (وان بيعت دار بجنب المبيعة بالخيار فالشفعة لمن له الخيار بايعا اومشتريا) اما البايع فلان الملك في الدار عند هذا البيع للبايع فاذا اخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع واما المشتري فلان المبيع دخل في ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجارة فيلزم ويملك به المبيع وكذا عنده لانه صار احق بالمبيع من غيره وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة كالمأذون اوالمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما وعن هذا قال (وتكون) الشفعة (اجازة) واسقاطا للخيار (من المشتري) في حق بيعه لوجود دليل الرضاء بخلاف ما اذا اشترى دارا ولم يرها حيث لايبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لايبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته كما في الهداية (والشفيع الدار (الاولى اخذها) اي اخذ الاولى (منه) يعني اذا حضر شفيع الدار الاولى وهي التي اشتراها المشتري كان له ان يأخذها بالشفعة لانه هو اولى بها من المشتري لما عرف ان الشفيع اولى من المشتري (لا اخذ الثانية) وهي التي اخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حيث بيعت الثانية هذا اذا لم تكن متصلة بملكه وان كانت متصلة كان له ان يشاركه فيها بالشفعة (وان بيعت) دار بجنب الدار (المبيعة) بيعا (فاسدا فشفيعها) اي الدار المبيعة (البايع ان بيعت قبل قبض المشتري) لبقاء ملكه فيها (فاذا قبض) المشتري (بعد الحكم له) اي للبايع (بها) اي بالشفعة (لاتبطل) الشفعة اي ان سلمها بعد الحكم له فيها بها لاتبطل لان ملكه في المشفوعة

قدتقرر بالحكم فلايبطل باخراج الاولى عن ملكه وانما يستحق المشترى الدار المبيعة بجنبها بالشفعة اذاكان بيعها بعدقبضه لاقبله لان الشفعة انما تستحق بالملك ولاملك له قبله (وان بيعت بعدقبض المشترى) المبيعة فاسدا (فالشفعة للمشترى) لثبوت الملك له بالقبض (وان استرد البايع منه) اى من المشترى (المبيعة) بحكم الفساد (له) اى للمشترى بالشفعة (بطلت شفعته) لانقطاع ملكه عن التى يشفع بهسا قبل الحكم بالشفعة (وان) استردها منه (بعد الحكم) له (بقيت الثانية على ملكه) اى ملك المشترى لانه اخذها حين كان له حق الاخذ (والمسلم والذمى فى الشفعة سواء) للعمومات ولانهما يستويان فى السبب وفى الحكمة فيستويان فى الاستحقاق ولهذا يستوى فيهما الذكور والاناث والصغير والكبير خلافا لابن ابى ليلى فى الذمى والصغير (وكذا الحر والعبد المأذون اوالمكاتب) اى سواء (ولو) وصلية (فى مبيع السيد كالعكس) اى للمأذون والمكاتب شفعة فى مبيع السيد كالسيد شفعة فى مبيع المأذون والمكاتب لان مافى يدهما ليس ملك مولاهما قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وغيره تجب الشفعة للعبد المأذون حال كونه مديونا دينا محيطا برقبته وكسبه فيما باعه سيده لكونه اجنبيا وكذا تجب الشفعة لسيده فيما باعه عبده المأذون الذى عليه دين محيط لان مافى يد العبد المستغرق ملك له لا للمولاه قيل اسماطة الدين ماله ورقبته ليس بشرط يقال الاحاطة هنا قيد لازم لظهور حق الشفعة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولاشفعة لمن يبع له انتهى فعلى هذا ان المصنف قد اطلق فى محل التقييد وحمل صاحب الفرائد على ماقال صاحب الاصلاح ليس مما ينبغى تدبر

﴿ فصل ﴾

(وتبطل الشفعة بتسليم الكل او البعض) اى كل المشتراة او بعضها الى البايع بعد البيع لان التسليم قبله لايبطلها اما تسليم الكل فلانه صريح فى الاسقاط واما البعض فلان حق الشفعة لايتجزى ثبوتا لانه يملك كما ملكه المشترى والمشترى لايملك البعض لانه تفريق الصفقة فلايتجزى اسقاطا فيكون ذكر بعضه كذكر كله كما فى الاختيار (ولو) وصلية اى ولو كان التسليم (من الوكيل) والمراد من الوكيل الوكيل بطلب الشفعة واما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع ثم الوكيل بالشفعة انما يصح تسليمه اذا كان فى مجلس القاضى عند الامام وعند ابى يوسف يصح مطلقا وعند محمد وزفر لايصح تسليمه اصلا ولو اقر هذا الوكيل على موكله بانه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عندهما اذا كان فى مجلس القاضى وان كان فى غيره فلايجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال ابو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لايجوز مطلقا وهى مسئلة قرار الوكيل وموضعها فى الوكالة (و) تبطـــل الشفعة (بترك طلب المواثبة او) طلب (التقرير) حين علم مع القدرة عليهما لانها لاتبطل بالاعراض وترك الطلبين او احدهما دليل الاعراض (و) تبطل الشفعة (بالصلح) اى صلح المشترى الشفيع (عن الشفعة على عوض) لانه اخذ الاعتياض عن حق ليس بمال فسقط حقه (وعليه) اى الشفيع (رده) اى العوض لان حق الشفعة لم يكن متقررا فى المحل وهو مجرد التملك الغير المتقوم فيكون المأخوذ رشوة (وكذا) تبطل شفعته (او باع شفعته بمال) لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لايحتمل التمليك فكان عبارة عن الاسقاط مجازا فتسقط الشفعة ولايلزم المال بخلاف القصاص لانه حق متقرر و بخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك فى المحل (وكذا لو قال للمخيرة اختارينى بالف او قال العنين لامرأته ذلك) اى ترك الفسخ بالف (فاختارته) اى اختارت الزوج (بطل خيارها ولايجب العوض) لانه لم يقابله حق متقرر فلايكون تجارة عن تراض فلايحل (وتبطل) الشفعة (ببيع مايشفع به قبل الحكم له) اى للشفيع (بها) اى بالشفعة لزوال سبب الاستحقاق قبل القضاء واما بعد القضاء فيكون ميراثا للورثة ولافرق بين ان يكون عالما وقت بيع العقار بشراء المشفوع اولا لانه لايختلف فى الحالين وكذا

ابراء الغريم لان ذلك اسقاط فلا يتوقف على العلم (و) تبطل ايضا (بموت الشفيع) قبل الاخذ بعد الطلب او قبله فلا يورث عنه وقال الشافعي لا تبطل لانها حقه والوارث يخلفه في حقوقه ولنا ان حق الشفعة حق التملك وهو قائم بالشفيع فلا يبقى بعد موته (لا) تبطل (بموت المشتري) لوجود المستحق (ولا شفعة لمن باع) صورته وكل صاحب الدار شفيعها ببيعها فباعها لان البيع يدل على الاعراض وعند الائمة الثلاثة تجب له الشفعة (او بيع له) صورته ان المضارب باع دار المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان البيع له (او ضمن) الشفيع (الدرك) عن البايع فان الشفعة تبطل لانه بضمانه له الدرك ضمن له ان يحصل له الدار وذلك لا يكون الا بترك الشفعة وفي اخذه بها ابطال ذلك وعند الائمة الثلاثة تجب (او ساوم المشتري بيعا او اجارة) او طلب الشفيع من المشتري ان يولية عقد الشراء فان الشفعة تبطل بذلك لانه دليل الاعراض (وتجب) الشفعة (لمن ابتاع) قبل بيانه او وكل المشتري شفيع الدار بشرائها فاشترى فله الشفعة (او ابتيع له) بيانه اشترى المضارب بمال المضاربة دارا ورب المال شفيعها بدار اخرى كان له الشفعة ولا فرق بين ان يكون البيع والشراء من الاصيل او وكيله في بطلان الشفعة في الاول ووجوبها في الثاني (ولو قيل للشفيع انها) اي الدار التي تثبت فيها الشفعة له (بيعت بالف) درهم (فسلم) الشفيع لاجل الاستكثار (ثم بان) اي ظهر (انها بيعت باقل) من الالف (او) ظهر انها بيعت (بكيلي او وزني او عددي متقارب قيمته الف او اكثر فله) اي للشفيع (الشفعة) لان تسليمه كان لاستكثار الثمن او لتعذر الجنس ظاهرا فاذا بين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضاء على تقدير ان يكون الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا او جنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها (ولو بان انها بيعت بعرض قيمته الف او بدنانير قيمتها الف) او اكثر (فلا) شفعة له اما عدم الشفعة ان ظهر انها بيعت بعرض قيمته مثل قيمة الذي بلغه او اكثر فلعدم الفائدة لان الواجب في غير المكيل والموزون القيمة فلا يظهر التفاوت واما عدم الشفعة ان ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلان الجنس متحد في حق الثمنية ولهذا يضم احدهما الى الاخر في الزكوة وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس وهو قول الائمة الثلاثة كما في الهداية وغيرها لكن في التبيين هذا قول ابي يوسف وهو استحسان والقياس ان يثبت له حق الشفعة وهو قول الامام وزفر وفي النهاية نقلا عن المبسوط وقول محمد مع الامام لان الجنس مختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع والمصنف اختار ما اختار صاحب الهداية فلهذا لم يذكر الاختلاف بين علمائنا الثلاثة تدبر وانما قيد بالف او اكثر لان قيمته ان اقل فهو على شفعته (ولو قيل له) اي للشفيع (المشتري فلان فسلم) الشفعة (فبان انه) اي المشتري (غيره) اي غير فلان (فله الشفعة) لان رضاءه بجواره لا بجوار غيره لتفاوت الناس (ولو) قيل له المشتري فلان فسلم ثم (بان انه) اي المشتري (هو) اي فلان (مع غيره فله الشفعة في حصة الغير) لان التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه) اي الشفيع (بيع النصف فسلم الشفعة فظهر بيع الكل فله الشفعة) في الكل لانه سلم النصف وكان حقه في اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاطا للكل وعلل صاحب الهداية بان التسليم لضرر الشركة ولا شركة لكن في التبيين هذا التعليل يستقيم في الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما واما اذا اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر بشراء النصف لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل التسليم في ابعاضه وقيل له الشفعة ومال اليه شيخ الاسلام كما في المنح ثم شرع في بيان الحيلة فيها فقال (وان باعها) اي الدار (الا ذراعا) اي مقدار ذراع (من طول) الجدار الذي يلي (جانب الشفيع فلا شفعة له) لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم الالتزاق (وان شرى منها) اي من الدار (سهما بثمن ثم شرى باقيها) اي باقي الدار (فالشفعة في السهم فقط) لان

لان الشفيع جار والمشترى شريك فى الباقى فيقدم عليه واواراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع
الثمن الادرهما والباقى بالدرهم فلا يرغب الجار فى اخذ السهم الاول لكثرة ثمن لاسيما اذا كان جزأ
قليلا كالعشر اواقل مثلا (وان ابتاعها) اى ان اشترى الدار (بثمن) كثير كالف (ثم دفع عنه) اى
عن الثمن (ثوبا) يساوى مائة درهم مثلا (اخذها الشفيع بالثمن لا بقيمة الثوب) لان الثوب عوض
عما فى ذمة المشترى فيكون البايع مشتريا بعقد آخر غير العقد الاول وهذه الحيلة تعم الشريك والجار
لكن فيه ضرر البايع لانه اذا استحقت الدار المشفوعة يبقى كل الثمن والاوجه ان يباع بالدرهم الثمن
دينار حتى اذا استحقت المشفوعة يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير كما فى الهداية وله حيلة
اخرى احسن واسهل ذكرها صاحب الدرر وهو قوله او اشترى بدراهم معلومة اما بالوزن او الاشارة مع
قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض لان الثمن معلوم حال العقد ومجهول
حال الشفعة لجهالة الثمن تمنع الشفعة (ولا تكره الحيلة فى اسقاطها) اى الشفعة (عند ابى يوسف)
لانه يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو الاخذ بلا رضاه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مباح وان تضرر
الغير فى ضمنه وهو رواية عن الامام (وبه) اى بقول ابى يوسف (يفتى قبل وجوبها) واما بعد وجوبها
فمكروهة بالاجماع) وعند محمد تكره) لانها وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام
وبه قال الشافعى قيل لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالاجماع وانما الخلاف فى فصل الزكوة والمختار
عندى ان لا تكره فى الشفعة دون الزكوة كما فى شرح الكنز للعينى وفى التنوير ولا حيلة لاسقاط الحيلة
لما قال البزازى وطلبناها كثيرا فلم نجدها (وللشفيع اخذ حصة بعض المشترين لا حصة
بعض البائعين) يعنى اشترى جماعة عقارا والبايع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم فللشفيع ان يأخذ
نصيب بعضهم ويترك الباقى وان تعدد البايع بان باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشترى واحد
لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع ان يأخذ بعضهم دون بعض بل يأخذ
الكل او يترك والفرق ان فى الوجه الثانى يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به
زيادة الضرر بالاخذ منه وبعيب الشركة وفى الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق
الصفقة على احد ولا فرق فى هذا بين ان يكون قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض
لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كيلا يؤدى الى تفريق اليد على
البايع بمنزلة المشترين انفسهم لانه كواحد منهم بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البايع سواء
سمى لكل بعض ثمنا او سمى للكل جملة لان العبرة فى هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه
والمعتبر فى التعدد والاتحاد للعاقد دون المالك وتمامه فى التبيين فليطالع (وللجار اخذ بعض مبتاع
بيع فقسم وان) وصلية (وقع فى غير جانبه) يعنى اشترى رجل نصف دار غير مقسوم فقاسم المشترى
البايع اخذ الشفيع نصيب المشترى الذى حصل له بالقسمة وليس للشفيع قبضها مطلقا سواء
كانت القسمة بحكم او بالتراضى اذ القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع بخلاف ما اذا باع
احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع حيث يكون للشفيع قبضه
لان العقد لم يقع من الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع الاول بل هو تصرف
بحكم الملك فينقضه الشفيع كما لو اشترى اثنان دارا وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعد ما اقتسماه
بالقضاء او بالتراضى فللشفيع ان ينقض القسمة وفى الهداية ثم اطلاق الجواب فى الكتاب يدل على
ان الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى اى جانب كان وهو المروى عن ابى يوسف لان
المشترى لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن الامام انه انما يأخذه اذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها
لانه لا يبقى جارا فيما يقع فى الجانب الآخر (وللعبد المأذون المديون الاخذ بالشفعة فى مبيع سيده
وبالعكس) هذا مستدرك لما سبق قبيل الفصل بل الاولى ان يذكرها فيما سبق مقيدة بهذا القيد

واكتفى تدبر (وصح تسليم الاب والوصى شفعة الصغير) عند الشيخين (خلافا لمحمد فيما يبيع بقيمته اواقل) اى فان عنده لايصح تسليمهما شفعة الصغير والصبى على شفعته اذا بلغ لانه حق ثابت له فلا يملكان ابطاله وبه قال زفر ولهما ان هذه معنى المبادلة وهما يملكانها الا ترى ان من اوجب بيعا للصبى صح رده منهما وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصى عند العلم بالشراء (وقوله) اى قول محمد (رواية عن الامام فى الاقل الذى لايتغابن فيه) وفى الكافى اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء باقل من قيمته بكثير فعن الامام ان التسليم يجوز لانه امتناع عن ادخاله فى ملكه لا الازالة عن ملكه ولم يكن تبرعا وعن محمد انه لايجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية عن ابى يوسف وفى التبيين كلام فليطالع

﴿كتاب القسمة﴾

عقب بالقسمة مع اشتمال كل على المبادلة ترقيا من الادنى الى الاعلى لجوازها ووجوب القسمة فى الجملة (هى) اى القسمة لغة بالكسر اسم من الاقتسام كما فى المغرب او التقسيم كما فى القاموس لكن الانسب بما يأتى من لفظ القاسم ان يكون مصدر قسمه بالفتح اى جزأه كما فى القهستانى وفى الشريعة (جمع نصيب شائع فى معين) اى فى مكان معين وسبب القسمة طلب الشركاء او بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص حتى اذا لم يوجد منهم الطلب لاتصح القسمة وركنها هو الذى يحصل بذلك الفعل الافراز والتمييز بين الانصباء كالكيل والوزن والعدد والذرع وشرطها عدم فوت المنفعة بالقسمة فان فاتت بها لاتقسم جبرا كالبئر والرحى والحمام لان الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فاذا ادت الى فواتها لم يجبر وحكمها تعين نصيب كل من الشركاء على حدة وهى مشروعة فى الاعيان المشتركة لان النبى عليه الصلوة والسلام باشرها فى المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير (وتشتمل) اى القسمة مطلقا سواء كانت فى المثليات او القيميات (على) معنى (الافراز) وهو اخذ عين حقه (والمبادلة) وهى اخذ عوض عن حقه (والافراز) وهو التمييز (اغلب) اى ارجح (فى المثليات) كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب لعدم التفاوت بين ابعاضها ثم فرع بقوله (فيأخذ الشريك حظه) اى نصيبه (منها) اى من المثليات (حال غيبة صاحبه) فى ذوات الامثال لكونه عين حقه (ولو اشترياه) الضمير المنصوب راجع الى المثلى الدال عليه لفظ المثليات (فاقتسماه فلكل) اى لكل واحد منهما (ان يبيع حصته مرابحة) وتولية (بحصة ثمنه) ولو كانت مبادلة لما جاز هذا وفى الاختيار فلا يخلو عن معنى المبادلة ايضا لان ما حصل له كان له بعضه وبعضه لشريكه الا انه جعل وصول مثل حقه اليه كوصول عين حقه لعدم التفاوت (والمبادلة) اى الاعطاء من الجانبين (اغلب فى غيرها) اى فى غير المثليات من العقار وسائر المنقولات للتفاوت بين ابعاضها (فلا يأخذه) اى الشريك نصيبه حال غيبة صاحبه ولا يمكن ان يجعل كأنه اخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما (ولا يبيع) حصته (مرابحة بعد الشراء والقسمة) ولو كانت افرازا جاز (ويجبر عليها) اى على القسمة (فيه) اى فى غير المثلى (بطلب الشريك فى متحد الجنس) بحسب لمعنى الافراز فى الجملة عند طلب احد الشركاء من القاضى ان يخصه بالانتفاع بنصيبه (لا فى غيره) اى لايجبر على القسمة لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت لان ما يوفيه ليس عين حقه بل هو عوض حقه فيلزم من الرضاء ولو توافقوا عليها يجوز لان الحق لهم هذا اذا امكن الوصول الى حقه اما اذا لم يمكن الوصول الى حقه بدون المبادلة يجبر على المبادلة كما فى قضاء الديون (وندب للقاضى نصب) رجل (قاسم يكون رزقه من بيت المال) لان منفعته للعامة كالقضاة والمفتين والمقاتلة فتكون كفايته من بيت المال لانه اعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء (ليقسم بلا) اخذ (اجر منهم) لكونه ارفق للانام وابعد من التهمة (فان لم يفعل) اى ان لم ينصب قاسما رزقه من بيت المال لان النصب غير واجب حتى يجب النصب بل هو مندوب فيجوز ان ينصب وان لا ينصب فان لم ينصب (ينصب قاسما يقسم)

بين الناس (باجر) على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليست بقضاء حقيقة حتى للقاضي
ان يأخذ الاجر على القسمة وان كان لا يجوز له على القضاء (بقدره) اي اجر المثل (له) اي للقاسم
(القاضي) لئلا يطمع في اموالهم ويتحكم بالزيادة ثم ان الاجر هو اجر المثل وليس له قدر معين وقيل
يقدر الاجر بربع العشر كالزكاة لانها عمل العامة فاشبه الزكاة كما في شرح الوقاية لابن الشيخ
(وهو) اي اجر المثل (على عدد الرؤس) اي رؤس المتقاسمين عند الامام لان تمييز الاقل من الاكثر
كتمييز الاكثر من الاقل في المشقة (وعندهما على قدر السهام) لانه مؤنة الملك فيقدر بقدره وبه قال
الشافعي واحمد واصبغ المالكي (واجرة الكيل والوزن على قدر السهام اجماعا ان لم يكن) اي ما ذكر
من الكيل والوزن (للقسمة) لان الاجرة مقابل بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز (وان) كان (لها)
اي للقسمة (فعلى الخلاف) حيث تجب الاجرة على عدد الروس عنده وعندهما على قدر السهام
(ويجب كونه) اي القاسم (عدلا امينا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاة ويعتمد على قوله فتشترط
العدالة والامانة والعلم بها وانما ذكر الامانة بعد العدالة وهي من لوازمها لجواز ان يكون غير
ظاهر الامانة كما في المنح وغيره وليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى تأمل
كما قال يعقوب پاشا (ولا يجبر الناس على قاسم واحد) اي ولا يعين القاضي قاسما واحدا للقسمة لانه يتحكم
في الزيادة على اجر مثله (ولا يترك القسام) اي بجميع قاسم (ليشتركوا) اي يمنعهم القاضي من الاشتراك
كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الموت فيرخص
الاجر بسبب ذلك (وصح الاقتسام بانفسهم) بالتراضي (بلا امر القاضي) لولايتهم على انفسهم
واموالهم (ويقسم على الصبي وليه او وصيه) كالبيع وسائر التصرفات (فان لم يكن) اي وان لم يوجد
احدهما (فلا بد من امر القاضي) اي نصب القاضي له من يقسم قوله ويقسم الى هنا كلام صاحب
الاختيار لكن في عامة المعتبرات وصحت برضاء الشركاء الا عند صغر احدهم ولا نائب عنه وكذا
الحكم عند جنون احدهم (ولا يقسم عقار بين الورثة باقرارهم) اي لو ادعى الشركاء ارث العقار
عن زيد عند القاضي لا يقسم بينهم باعترافهم (ما لم يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) عند الامام
لان الشركة مبقاة على ملك الميت والقسمة قضاء على الميت والاقرار حجة قاصرة لا يتعدى الى غير
المقر فلا بد من البينة ليكون حجة على الميت مع ان العقار محصن بنفسه فلا حاجة الى القسمة بخلاف
المنقول لانه غير محفوظ بنفسه (وعندهما يقسم باعترافهم) ويذكر في كتاب القسمة ذلك يعني انه
قسمها بينهم بقولهم ليقتصر الحكم بالقسمة عليهم ولا يتعدى الى شريك اخر لهم وبه قال الشافعي
واحمد في قول (وغير العقار يقسم اجماعا) لان في قسمته نظرا لاحتياجه الى الحفظ كما مر (وكذا
العقار المشترى يقسم) اتفاقا لان من في يده شيء فالظاهر انه له وفي رواية لا يقسم حتى يقيموا البينة
على الملك لجواز ان يكون في ايديهم والملك للغير والاول اصح (والمذكور مطلق ملكه) اي يقسم
اتفاقا فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم بقوله من غير اقامة البينة وذلك لانه ليس
في القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليه فيجوز (وان برهنا)
اي اقام رجلان بينة (ان العقار في ايديهما) وطلبا القسمة (لا يقسم حتى برهنا) اي حتى يقيما البينة
(انه) اي العقار ملك (لهما) لاحتمال ان يكون لغيرهما قال العيني وغيره في شرح الكنز وهذه
المسئلة بعينها هي المسئلة السابقة وهي قوله والمذكور مطلق ملكه لان المراد فيها ان يدعوا
الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو رواية القدوري
وشرطها هنا وهو رواية الجامع الصغير فان كان قصد الشيخ تعيين الروايتين وليس فيه ما يدل على
ذلك والا فتقع المسئلة مكررة يتحاشى عنه مثل هذا المختصر انتهى ولو برهنوا على الموت وعدد
الورثة والعقار في ايديهم ومعهم وارث غائب او صبي قسم العقار بينهم بطلب الحاضرين كما

وقع في الوقاية والهداية وفي العناية قيل هذا سهو والصحيح في ايديهما لانه لو كان في ايديهم لكان البعض في يد الطفل او الغائب وسيأتي انه ان كان لا يقسم واجيب عنه بانه اطلق الجمع واراد المثنى بقرينة قوله وارثان واقاما لكنه ملبس انتهى هذه القرينة وقعت في عبارة الهداية لا في عبارة المصنف لانه قال و برهنوا بصيغة الجمع فلا يمكن الجواب عنه تدبر (ونصب وكيل) للغائب (او وصي) للصبي (لقبض) الوكيل (حصة الغائب او) لقبض الوصي (حصة الصبي) لان في هذا نظرا للغائب والوصي ولابد من اقامة البينة عند الامام وعندهما يقسم بقولهم كامر (ولو كان العقار في يد الغائب او شيء منه) اي من العقار في يد الغائب (او) كان (في يد مودعه او) كان (في يد الصغير لا يقسم) لان في هذه القسمة قضاء على الغائب او الطفل باخراج شيء مما في يده من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه سواء اقيمت البينة هنا او لا (وكذا) لا يقسم (لو حضر وارث واحد) ولو برهن على الموت والعدد والباقي غائب عن النظر او صبي لان الواحد لا يكون مخاصما ومخاصما فلابد من اثنين (او كانوا مشترين وغاب احدهم) اي لا يقسم لان الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الارث لان الملك الثابت فيه ملك خلافة فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا يقبل ولا يقضى (واذا انتفع كل) واحد (من الشركاء بنصيبه بعد القسمة قسم بطلب احدهم) لان في القسمة تكميل المنفعة وكانت حقا لازما فيما يحتملها (وان تضرر الكل) بالقسمة كالحمام وغيره (لا يقسم الا برضاهم) لان القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويته فيعود على موضعه بالنقض (وان انتفع البعض) لكثرة نصيبه (دون البعض) بل تضرر لقلة حظه (قسم بطلب ذي النفع) لانه طالب تكميل منفعة ملك (لا بطلب الاخر) و(هو الاصح) هذا قول الخصاف والامام السرخسي لانه لا فائدة له فهو متعنت في طلب القسمة حيث يشتغل بما لا ينفعه وفي الدرر نقلا عن الذخيرة وعليه الفتوى وذكر الخصاف عكسه لان صاحب الكثير يطلب ضرر صاحبه وصاحب القليل يرضى بضرره وذكر الحاكم ان ايهما طلب القسمة قسم القاضي قال في الخانية وهو اختيار الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى وفي المنح ينبغي ان يعول على ما جزم به عامة اصحاب المتون والشروح لانها هي الموضوعة لنقل المذهب فلا يعارضه ما في الفتوى وانما يقول عليها اذا لم يعارضها كتب الاصول وهي الموضوعة لنقل المذاهب واما مع معارضتها لها لا يلتفت اليها كما في انفع الوسائل (ويقسم العروض من جنس واحد) اي يقسم القاضي عروضها اذا اتحد جنسها بطلب بعض الشركاء جبرا لوجود المعادلة بالمالية والمنفعة (ولا يقسم) القاضي (الجنسين) باعطاء (بعضهما في بعض) لعدم الاختلاط بينهما فلا تكون القسمة تمييزا بل معاوضة ولابد فيها عن التراضي وهذا بالاجماع (ولا) يقسم القاضي (الجواهر) مطلقا لان جهالتها متفاحشة لتفاوتها قيمة وقيل لا يقسم الكبار ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل لا يقسم الجواهر ان كانت مختلفة الجنس كاللآلي واليواقيت (ولا) يقسم (الحمام ولا البئر ولا الرحى ولا الثوب الواحد ولا الحائط بين دارين الا برضاهم) استثناء من قوله ولا يقسم الجنسين الى هنا اي لا برضاء الشركاء لما فيه من الحاق الضرر بهم (وكذا) لا يقسم (الرقيق الا برضاهم) عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يجوز لاتحاد الجنس فصار كالابل والخيل والغنم وبه قالت الائمة الثلاثة وله ان قسمة الرقيق لمعانيها الباطنة متعذر ولا وقوف عليها ولا يمكن التعديل فلا يقسم الا بتراض بخلاف الحيوانات اذا كانت من جنس واحد وبخلاف المغنم لان حق الغانمين يتعلق بالمالية لا بالعين وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شيء

آخر من العروض وهم ذكور فقط اواناث فقط واما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لايقسم
بالاجماع وان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة فى الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع
(والدور) المشتركة بين الاثنين اواكثركلها (فى مصر واحد) يقسم كل واحد (على حدته)
الابتراضى الشركاء عند الامام وهو الصحيح وهذا قسمة فرد لاقسمة جمع لان الدور اجناس
مختلفة بوجوه السكنى وان كانت جنسا واحدا نظرا الى اصل السكنى فيوجد فحش التفاوت
باعتبار المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء والسوق (وقالا ان كان
الاصلح قسمة بعضها فى بعض جاز) ان يقسم على هذا الوجه لانها جنس واحد اسما وصورة ونظرا
الى اصل السكنى واجناس نظرا الى الاغراض وتفاوت منفعة السكنى فكان امرها مفوضا الى
رأى القاضى ان شاء قسم وان شاء لم يقسم وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة اوالكروم المشتركة
(وفى مصرين يقسم كل واحد على حدته بالاتفاق) فيما رواه هلال وعن محمد لو كانت احديهما بالكوفة
والاخر بالبصرة قسمت احديهما فى الاخرى كما فى الاختيار (وكذا) لايقسم احديهما فى الاخرى
(دار وضيعة اودار وحانوت) فى مصر بل يقسم على الانفراد بالاتفاق لاختلاف الجنس قال
صاحب الهداية جعل الدار والحانوت هنا جنسين وذكر فى اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار
بمنافع الحانوت لاتجوز لاحتمال الربوا وهذا يدل على انهما جنس واحد فيحصل فى المسئلة
روايتان اوتبنى حرمة الربوا هناك على شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهى السكنى
وفى الكافى ان هذا مشكل لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر هو الشبهة لاالنازل عنها
وقال الامام الحلوانى اما ان يكون فى المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب وفى العناية
وحاشيته لمولى سعدى جواب فليطالع (والبيوت فى محلة واحدة اوفى محلات يجوز قسمة بعضها
فى بعض) لان التفاوت فى البيوت يسير (والمنازل المتلاصقة) بعضها مع بعض (كالبيوت) اى
تجوز قسمة بعضها فى بعض (و) المنازل (المتباينة) بعضها عن بعض (كالدور) اى
لاتجوز قسمة بعضها فى بعض بل يقسم كل منزل على حدة سواء كان فى دار او محال لانها تتفاوت
فى السكنى لكن دون الدور وفوق البيت فاخذ شبها من كل واحد فان تلازقت فقسمة فرد والا
فقسمة جمع وفى الاختيار و اذا قسمت الدار تقسم العرصة بالذراع و البناء بالقيمة ويجوز ان يفضل
بعضهم على بعض تحقيقا للمعادلة فى الصورة والمعنى او فى المعنى عند تعذر الصورة

﴿ فصل ﴾ فى كيفية القسمة (وينبغى للقاسم ان يصور) على قرطاس
اونحوه (ما يقسمه) ليمكنه حفظه واصابته (ويعدله) اى يسوى ما قسمه على سهام القسمة
(ويذرعه) اى يذرع ما قسمه ليعرف قدره بان يصور الذرعات على ذلك القرطاس بقلم الجدول
فيكون كل ذراع فى ذراع بشكل لبنة (ويقوم بناءه) اذ التقويم محتاج اليه بالاخرة (ويفرز
كل نصيب بطريقه وشربه) لان القسمة لتكميل المنفعة و به يكمل ولارتفاع النزاع هذا ماهو
الافضل ان امكن واذا يجوز تركه (ويلقب الانصباء) جمع نصيب (بالاول والثانى والثالث)
والرابع والخامس وهلم جرا (ويكتب اسماءهم) اى اسامى الشركاء ويجعلها بطاقات و يطوى
كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها فى طين ثم يخرجها ثم يدلكها ثم يجعلها فى وعاء اوفى كمه
ثم يخرج واحدا بعد واحد (ويقرع) لتطييب القلوب (فالاول لمن خرج اسمه اولا والثانى لمن
خرج ثانيا والثالث لمن خرج ثالثا) الى ان ينتهى الى الاخير قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية و يكتب
اسماءهم على القرعة اوغيرها ويبدأ القسمة من اى طرف كان فان جعل الطرف الشرقى اولا
يجعل ما يليه ثانيا ثم ما يليه ثالثا فيخرج القرعة المكتوبة المكتومة فيعطى سهم الاول لمن خرج
اسمه فيها اولا والثانى لمن خرج اسمه ثانيا والثالث ثالثا بلا حاجة الى اخراج قرعة اذ بقى له

سهم واحد بلا منازع هذا في السهام المتساوية ظاهر واما ان كانت متساوية بان كان لاحدهم مثلا نصف و للثاني سدس و للثالث ثلث فيجعل السهام ستة فان خرج من القرعة الاولى اسم من له الثلث اتفقا فله السهمان احدهما هو الملقب بالاول في طرف شرقي والاخر ما يليه ليتصل حقه ثم ان خرج في الدفعة الثانية اسم من له النصف فله ثلثة اسهم على الاتصال فيبقى سهم واحد لمن له السدس بلا حاجة الى اخراج قرعة و القرعة هنا لازالة تهمة الميل عن القسام والقاضي في اعطاء كل السهام لا في اصل الاقسام فمعنى القمار يسقط عن الاعتبار (ولا يدخل الدراهم في القسمة الا برضاهم) صورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفي احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم واراد الاخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا تعذر فحينئذ للقاضي ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار لا في الدراهم فلا تجوز قسمة ما ليس بمشترك كما في الدرر وعن ابي يوسف يقسم الكل باعتبار القيمة اذا كان ارض و بناء لتعذر التعديل الا بالقيمة و عن الامام انه يقسم الارض بالمساحة على الاصل في الممسوحات فمن كان نصيبه اجود او وقع له البناء يرد على الاخر دراهم حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة اولاية الاخ وعن محمد انه يرد على شريكه من الارض في مقابلة البناء فاذا بقي فضل و لا يمكن التسوية بان لا تفي الارض بقيمة البناء فحينئذ يرد في مقابلة الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر وفي الاختيار وقول محمد احسن واوفق للاصول (فان وقع مسيل) ماء (او طريق) المرور (لاحدهم في نصيب الاخر و) الحال انه (لم يشترط) ذلك (في القسمة صرف) المسيل او الطريق (عنه) اي عن الاخر (ان امكن) صرفه تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك (والا) اي وان لم يكن صرفه عنه (فسخت القسمة) بالاجماع لاختلالها وتستأنف لان المقصود تمليك المنفعة ولا يكون ذلك الا بالطريق او المسيل (و يقسم) القاضي (سهمين من العلو بسهم من السفل) عند الامام (وعند ابي يوسف) يقسم (سهما بسهم وعند محمد يقسم بالقيمة) كما اذا كان علو مشترك بين رجلين و سفله لرجل وسفل مشترك بينهما وعلوه لاخر وطلبا القسمة او احدهما قال الامام بحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو لان السفل يبقى بعد فوات العلو والعلو لا يبقى بعد فناء السفل وقال ابو يوسف بحسب ذراع من السفل بذراع من العلو لان الاصل هو السكنى وقد استويا فيه وقال محمد يقوم كل على حدة و يقسم بالقيمة لان منفعة العلو والسفل متفاوتة بحسب الاوقات ففي الصيف يختار العلو وفي الشتاء السفل فلا يمكن التعديل الا بالقيمة قيل هذا اختلاف عصر وزمان اجاب كل واحد بما شاهده في زمانه وفي شرح الطحاوي والاختلاف في الساحة واما البناء فيقسم بالقيمة اتفاقا (وعليه) اي على قول محمد (الفتوى) كما في اكثر المعتبرات (فان اقر) الاولى بالواو (احد المتقاسمين بالاستيفاء) اي بأخذ تمام حصته من المقسوم (ثم ادعى ان بعض نصيبه منه) وقع (في يد صاحبه) غلطا بعد ما شهد على نفسه بالاستيفاء (لا يصدق) قوله (الا بحجة) منه لان هذه الدعوى تخالف اقراره السابق بالاستيفاء فلا تسمع دعواه الا ببينة حتى قالوا يحمل دعوى الغلط على فسخ القسمة ليكون وجها لاقامة البينة وقال صدر الشريعة وجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وهذا على رواية الهداية في ثبوت هذه الدعوى بالبينة حيث قال ان لم يقم عليه بينة استحلف الشركاء انتهى وقال ابن الشيخ في شرح الوقاية وهذا لا يمنع ثبوت هذه الدعوى بالنكول او بالاقرار ايضا اذ لا نزاع فيه بل يمنع قول من نازع وقيل المراد بالحجة اقرار الخصم او نكوله

لاغير لكون الدعوى على التناقض وقال صاحب الاصلاح الايجة من بينة المدعى واقرار الخصم اونكوله على التعيين (وتقبل شهادة القاسمين) بفتح الميم عند اختلاف المتقاسمين (فيها) اى فى القسمة عند الشيخين لانها شهادة على فعل غيرهما باستيفاء حقهما (خلافا لمحمد) فان عنده لاتقبل وهو قول ابى يوسف اولا وبه قالت الائمة الثلاثة لانها شهادة على فعل نفسهما فاورثت التهمة وهذا اذا قسما مجانا ولايجران لهما نفعا قال الطحاوى اذا اقتسما باجر لا تقبل الشهادة اجماعا وقيل الخلاف فى الكل وهو الاصح فلذا اطلق فى الكتاب كما فى شرح الكنز للعينى (وان قال) احد المتقاسمين بعدما اقر بالاستيفاء (قبضته) اى حقى (ثم اخذ) صاحبى (بعضه) من بعد ماقبضته (وانكر شريكه) ذلك (حلف خصمه) لانه يدعى عليه الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر وفى التسهيل ولافرق بين هذه المسئلة و بين المسئلة الاولى فى ان الخصم يحلف فيهما اذا لم تكن له بينة الا انه فى الاولى ينبغى ان تقبل دعواه كما مر بخلاف الثانية (وان قال قبل ان يقر بالاستيفاء اصابنى) من ذلك (كذا) الى كذا (ولم يسلم) ما اصابنى من حقى (الى وكذبه الاخر تحالفا وفسخت القسمة) لان الاختلاف فى مقدار ماحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع وفى الفرائد نقلا عن التسهيل هذه هى المسئلة بعينها واجاب هنا انه تقبل دعواه لكن ينبغى ان لاتقبل للتناقض فظهر ان فى المسئلتين روايتين (ولو ادعى) احد المتقاسمين (غبنا) فى القسمة (لايعتبر كالبيع) اى كما لااعتبار بدعوى الغبن فى البيع لوجود التراضى (الا اذا كانت القسمة بقضاء) القاضى (والغبن فاحش فتفسخ) القسمة حينئذ وقال صاحب المنح ولو ظهر غبن فاحش فى القسمة فان كانت بقضاء القاضى بطلت عند الكل لان تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد ولو وقعت القسمة بالتراضى تبطل ايضا فى الاصح وقيل لايلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولامعتبر به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى وقيل تفسخ هو الصحيح ذكره الكافى وتمامه فيه فليطالع (ولو استحق بعض معين من نصيب البعض لاتفسخ) القسمة اتفاقا على الصحيح (ويرجع) البعض (بقسطه فى حظ شريكه) كما اذا كانت الدار بينهما نصفين فقسمت فاستحق من يد احدهما بيت هو خمسة اذرع رجع بنصف ما استحق فى نصيب صاحبه (وكذا) لاتفسخ (فى الشايع عند الامام وعند ابى يوسف تفسخ) القسمة لعدم تحقق الافراز باستحقاق النصيب الشايع وبه قال الشافعى واحمد وهو قول محمد فى رواية ابى سليمان وروى ابو حفص انه مع الامام وهو الاصح كما فى الكافى وغيره (وفى بعض مشاع فى الكل تفسخ اجماعا) لانه لو بقيت القسمة لتضرر المستحق بتفرق نصيبه (ولو ظهر بعد القسمة دين على الميت محيط) بماله (نقضت) القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث (وكذا) تنقض القسمة لو ظهر دين لكنه (غير محيط) بماله لتعلق حق الغرماء بالتركة (الا اذا بقى بلاقسمة مايفى به) اى بالدين فحينئذ لاتفسخ لعدم الحاجة الى نقض القسمة فى ايفاء حقهم (ولو ابرأ الغرماء) بعد القسمة ذمم الورثة من ديونهم (او اداه) اى الدين (الورثة من مالهم لاتنقض) القسمة (مطلقا) اى سواء كان الدين محيطا اوغير محيط لزوال المانع وفى الهداية ولو ادعى احد المتقاسمين دينا فى التركة صح دعواه لانه لاتناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باى سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا

﴿ فصل ﴾ فى المهايأة

(وتجوز المهايأة) عند تعذر الاجتماع على الانتفاع وهى لغة مفاعلة من الهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ والتهايؤ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلامنهم رضى بهيئة واحدة ويختارها وقيل مفاعلة من التهيؤ فكانه يتهيأ للانتفاع به عند فراغ صاحبه والفرق بين القسمة والتهايؤ ان الاول يجمع

المنافع فى زمان واحد والثانى يجمع على التعاقب ويجرى فيه جبر القاضى كما فى القسمة فيما يحتملها وشرعا قسمة المنافع والقياس ان لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لكنها جازت استحسانا بالاجماع (ويجبر عليها) اى على المهايأة اذا طلبها بعض الشركاء (فى دار واحدة) متعلق بقوله وتجوز وتجبر على سبيل التنازع (بان يسكن هذا) الشريك (بعضا) اى بعض الدار (وهذا) الشريك (بعضا) اخر من الدار (وهذا) يسكن (فى علوها وهذا فى سفلها) لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ فى هذا الوجه افراز بجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهايأة شرط ذلك فى العقد اولم يشترط لحدوث المنافع على ملكه كما فى الهداية (و) تجوز المهايأة (فى بيت صغير يسكنه هذا شهرا وهذا شهرا وله) اى ولكل واحد منهما (الاجارة) اى اجارة ما اصابه واخذ الغلة فى نوبته متعلق بالاجارة لانها قسمة المنافع وقد ملكها فله استغلالها وتجوز المهايأة (فى عبد واحد يخدم) العبد (هذا يوما وهذا يوما) لان المهايأة قد تكون فى الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملهما يامرهما ان يتفقا لان التهايؤ فى المكان اعدل وفى الزمان اكمل فيما اختلفت الجهة لابد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداية نفيا للتهمة (و) تجوز المهايأة (فى عبدين يخدم احدهما) اى احد العبدين (احدهما) اى احد الشريكين (و) يخدم العبد (الاخر) الشريك (الاخر) لا اشكال على اصلهما لان عندهما تجوز قسمة الرقيق جبرا واختيارا فكذا منفعتهم واما عند الامام والقياس على عدم جواز القسمة يمنع الجواز لكن الصحيح الجواز لقلة التفاوت فى الخدمة بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بيناه ولو اتفقا على ان نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا بخلاف الكسوة لان العادة جرت بالمسامحة فى الطعام دون الكسوة ولقلة التفاوت فى الطعام وكثرتها فى الكسوة فان وقت شيئا من الكسوة معروفا جاز استحسانا لان عند ذكر الوصف ينعدم التفاوت او يقل (و) يجوز (فى دارين يسكن هذا) الشريك (هذه) الدار (و) يسكن (هذا) الشريك (الاخر) الدار (الاخرى) ويجبره القاضى عليه اذا طلبه احد الشريكين وهذا ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجرى الجبر على قسمتها واما عنده فلان المنافع فيها لا تفاوت فيجوز ويجبر منهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف القسمة وقد قيل لا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنه انه لا يجوز التهايؤ فيه اصلا لا بالجبر ولا بالتراضى (ولا يجوز ذلك) اى التهايؤ (فى دابة) يركب هذا يوما وهذا يوما (او دابتين) يركب هذا هذه (وهذا الاخرى الا بتراضيهما) عند الامام لان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق بخلاف العبد والعبدين لانه يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تتحملها (خلافا لهما) اى عندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان (ويجوز) التهايؤ (فى استغلال دار) يستغلها هذا شهرا ويأخذ غلتها وهذا شهرا ويأخذ غلتها (او دارين هذا هذه) يعنى هذا الشريك يستغل هذه الدار ويأخذ غلتها (وهذا) الشريك الاخر يستغل الدار (الاخرى) ويأخذ غلتها فى ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير (لا فى الاستغلال عبد او دابة) اى لا يجوز التهايؤ فى استغلالهما لان النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء فالظاهر التغير فى الحيوان فتفوت المعادلة (وما زاد فى نوبة احدهما فى الدار الواحدة) من الغلة على الغلة فى نوبة الاخر (مشترك) لتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما فى نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد لا فى الدارين وفى الهداية والتهايؤ

على الاستغلال فى الدارين جائز ايضا فى ظاهر الرواية ولو فضل غلة احدهما لايشتركان بخلاف الدار الواحدة والفرق ان فى الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل (و) التهايؤ (فى استغلال عبدين هذا هذا) اى يستغل هذا الشريك هذا العبد ويأخذ غلته (وهذا الاخر) اى يستغل الشريك الاخر العبد الاخر ويأخذ غلته (لايجوز) عند الامام لان التفاوت فى اعيان الرقيق اكثر من التفاوت من حيث الزمان فى العبد الواحد فالاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ فى الخدمة يجوز ضرورة ولاضرورة فى الغلة لامكان قسمتهما لكونه عينا ولان الظاهر هو التسامح فى الخدمة والاستقصاء فى الاستغلال فلايتقاسمان كما فى الهداية (خلافا لهما) اى عندهما يجوز اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع (وعلى هذا) الخلاف (الدابتان) حيث منع الامام المهايأة فى البغلتين مثلا وجوزها صاحباه لما ذكر (ولاتجوز) المهايأة (فى ثمر شجر او لبن غنم او اولادها) لانها اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلاحاجة الى التهايؤ بخلاف لبن ابن آدم حيث تجوز المهايأة فيه حتى لو كانت جاريتان مشتركة بين اثنين فتهايئا ان ترضع احديهما ولد احدهما والاخرى ولد الاخر جاز لان لبن ابن آدم لاقيمة لها تجرى مجرى المنافع والحيلة فى الثمار ونحوه ان يشترى نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضى نوبته او ينتفع باللبن المقدر بطريق القرض فى نصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز كما فى التبيين (وتجوز) المهايأة (فى عبد ودار على السكنى والخدمة) لان المقصود منها يجوز عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف اولى (وكذا) تجوز المهايأة (فى كل مختلفى المنفعة) كسكنى الدار وزرع الارض وكذا الحمام والدار لان كل واحد من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة (ولاتبطل المهايأة بموت احدهما) ولابموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلافائدة فى النقض ثم الاستيناف (ولو طلب احدهما القسمة) والاخر المهايأة (بطلت) المهايأة فيما يحتمل القسمة لان القسمة اقوى فى استكمال المنفعة

﴿كتاب المزارعة﴾

لما كان الخارج فى عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وهى مفاعلة من زارع من الزرع وهو القاء الحب ونحوه فى الارض وفى الشرع (هى) اى المزارعة (عقد على الزرع ببعض الخارج) ويسمى المخابرة والمحاقلة ويسميها اهل العراق القراح (وهى) اى المزارعة (فاسدة) عند الامام لان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن المخابرة بالثلث والربع والمخابرة هى المزارعة على لغة اهل المدينة وتخصيص الثلث والربع للعادة فى هذا الزمان بهما اذ الفساد ثابت فى غيرهما ايضا واذا قيل فى التعريف ببعض الخارج ولانها فى معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبى عليه الصلاة والسلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح فهو جائز (وعندهما جائزة) لانه عليه الصلاة والسلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر وزرع ولان الحاجة ماسة اليها لان صاحب الارض قد لايقدر على العمل بنفسه ولايجد ما يستأجر به والقادر على العمل لايجد ارضا ولايعمل به فدعت الحاجة الى جوازها دفعا للحاجة كالمضاربة (وبه) اى بقولهما (يفتى) لتعامل الناس ومثله يترك خبر الواحد والقياس (قال) الامام (الحصيرى وابو حنيفة هو الذى فرع هذه المسائل على اصوله) اى على قول من جوز المزارعة كما فى الخلاصة وفى المبسوط ثم التفريع بعد هذا على قول من جوز المزارعة وعلى اصول ابى حنيفة انه لو كان يرى جوازها (لعلمه ان الناس لايأخذون فيها بقوله) لحاجتهم اليها وتعاملهم بها (ويشترط فيها) اى فى المزارعة عند من يجوزها (صلاحية الارض للزرع) لان المقصود وهو الريع لايحصل بدون كونها صالحة للزراعة (و)

يشترط (اهلية العاقدين) لانه لم يصح عقد بدون الاهلية (و) يشترط (تعيين المدة) لتصير المنافع معلومة كسنة او اكثر فان ذكر وقت لا يتمكن فيه من الزراعة فهي فاسدة وكذا ذكر مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا وجوزه بعض وعن محمد بن سلمة انها بلا ذكر المدة جائزة وتقع على سنة واحدة وبه اخذ الفقيه (و) يشترط تعيين (رب البذر) قطعا للمنازعة (و) يشترط تعيين (جنسه) اى البذر ليصير الاجر معلوما اذ الاجر بعض الخارج (و) يشترط تعيين (نصيب الاخر) اى بيان نصيب من لا بذر من جهته لانه اجرة عمله او ارضه فلا بد ان يكون معلوما (و) يشترط (التخلية بين الارض والعامل) لانه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال اليه حتى اذا شرط في العقد ما يفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح (و) يشترط (الشركة في الخارج) بعد حصوله لتحقق المعنى المقصود من المزارعة وهو الشركة لانها تنعقد اجارة في الابتداء وشركة في الانتهاء ثم فرع على هذا الشرط بقوله (فتفسد) اى المزارعة (ان شرط لاحدهما) اى لاحد العاقدين (قفزان) جمع قفيز (معينة) لاحتمال انقطاع الشركة عند اخراج الارض مقدارا مذكورا او قليلا فحينئذ لا يوجد على ما تعقد عليه وهو الاشتراك فيه بخروج على الشيوع (او) شرط لاحدهما (ما يخرج من موضع معين) وكون الباقي بينهما لانقطاع الشركة بان لا يحصل حبة الا من موضع مذكور (كالماذيانات) جمع ماذيان وهو معرب وهو اصغر من النهر واعظم من جدول (والسواقي) جمع ساقية وهي فوق الجدول دون النهر كما في المغرب فيكون الماذيان والساقية من الالفاظ المترادفة وانما تفسد المزارعة لاحتمال ان لا يخرج الا منها فيؤدي الى قطع الشركة (او) شرط (ان يرفع قدر البذر) لصاحب البذر ويكون الباقي بينهما (او) شرط ان يرفع قدر (الخراج ويقسم ما بقي) من قدر البذر او قدر الخراج بينهما لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في الجميع لاحتمال ان لا يخرج الا قدر البذر او الخراج والمراد من الخراج الخراج الموظف بان كان الموضوع على الارض دراهم مسماة واما اذا كان الخراج خراج مقاسمة بان كان الموضوع عليها نصف الخارج او ثلثه او نحو ذلك من الجزء الشائع وان اشترطا رفعه لا تفسد المزارعة لانه لا يؤدي الى قطع الشركة (او) شرط (ان يكون التبن لاحدهما والحب للاخر) لانه يحتمل ان تصيبه آفة لا تحصل بها الحب سوى التبن فيؤدي الى انقطاع الشركة في المقصود وهو الحب (او يكون الحب بينهما والتبن لغير رب البذر) لانه خلاف مقتضى العقد (او يكون التبن بينهما والحب لاحدهما) بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (وان شرط كون الحب بينهما والتبن لرب البذر او شرط رفع العشر) اى عشر الخارج والارض عشرية والباقي بينهما (صحت) المزارعة اما الاولى فيجوز الشركة بوجوده في المقصود ولكون التبن لصاحب البذر على ما يقتضيه حكم العقد لانه نماء البذر واما الثانية فلان العشر مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة وكذلك اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للاخر والباقي بينهما (و) ان شرط كون الحب بينهما (ولم يتعرض للتبن) لحصول الشركة فيما هو المرام (وهو) اى التبن (بينهما) وهذا قول مشايخ بلخ اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه العاقدان لان التبن تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (وقيل) يكون التبن (لرب البذر) لانه نماء ملكه قال ابن الشيخ في شرح الوقاية وفي ديارنا لصاحب البقر لكونه علفا له (واجر الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما) اى على العامل (ورب الارض) (بالحصص) لان الغرم بالغنم (فان شرط) الاجر (على العامل فسدت) المزارعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فتفسد (وعن ابي يوسف انه) اى الشرط على العامل (يصح) للتعامل بين الناس اعتبارا بالاستصناع (وهو الاصح وعليه الفتوى) وهو اختيار مشايخ

بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا (وشرطه) اى الاجر (على رب الارض
يفسد اتفاقا) لعدم التعامل بذلك (وما) كان (قبل الادراك كالسقى والحفظ فهو على المزارع وان)
وضلية (لم يشترط) لان ذلك يوجب عقد المزارعة لانه عمل يزاد به الزرع ولا ينقص وفى الهداية
فالحاصل انما كان من عمل قبل الادراك كالسقى والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك
قبل القسمة فهو عليهما فى ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباهه على ما بيناه وما كان بعد
القسمة فهو عليهما قال فى العناية لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل
واحد منهما فى نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الاخر (واذا كان البذر
والارض لاحدهما والعمل والبقر للاخر او) كانت (الارض لاحدهما والبقية) من العمل والبذر
والبقر (للاخر او) كان العمل (لاحدهما والبقية) من الارض والبذر والبقر (للاخر صحت) المزارعة
فى الكل اما الاولى فلان الاستيجار يقع على العمل هنا والبقر آلة العامل كما يقع الاستيجار فى الخياطة
على الخياط ويجعل ابرته آلة لها واما الثانية فلان صاحب البذر استأجر الارض بجزء معلوم
من الخارج كاستيجارها بدراهم معلومة واما الثالثة فلان صاحب الارض استأجر العامل ليعمل
بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره (وان كانت الارض
والبقر لاحدهما والبذر والعمل للاخر بطلت) المزارعة لان رب البذر يصير مستأجرا بالبذر وانه
لا يجوز لكون الانتفاع بالاستهلاك او يصير مستأجرا للبقر مع الارض ببعض الخارج وانه لا يجوز
لعدم التعامل وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه يجوز لما فيه من العادة والقياس يترك به (وكذا)
تبطل (لو كان البذر والبقر لاحدهما والارض والعمل للاخر) لان الشرع لم يرد به (او) كان
(البذر لاحدهما والباقى) وهو العمل والبقر والارض (للاخر) وانما بطلت لان العامل اجير
فلا يمكن ان تجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما وههنا صورة اخرى لم يذكرها وهى ان يكون
البقر من واحد والباقى من آخر قالوا هى فاسدة لان ذلك استيجار البقر باجر مجهول اذ لا تعامل
فى استيجار البقر ببعض الخارج فلا يعلم ما هو اجره بحسب التعامل وفى التنوير دفع رجل ارضه الى
آخر على ان يزرعها بنفسه وبقره والبذر بينهما نصفان والخارج بينهما كذلك فعملا على هذا
فالمزارعة فاسدة ويكون الخارج بينهما نصفين وليس للعامل على رب الارض اجر ويجب عليه
اجر نصف الارض لصاحبها وكذلك يفسد لو كان البذر ثلثاه من احدهما وثلثه من الاخر
والربع بينهما على قدر بذرهما (واذا صحت) المزارعة (فالخارج على الشرط) اى فالخارج على ما
شرط من النصف او الثلث او نحو ذلك لصحة الالتزام (وان لم يخرج) من الارض شئ (فلا شئ للعامل)
لان استحقاقه بالشركة فى الخارج ولا شركة فى الخارج (ومن ابى) اى امتنع (عن المضى) على موجب
العقد (بعد العقد اجبر) من طرف الحاكم لانها انعقدت اجارة وهى عقد لازم (الا رب البذر)
فانه لا يجبر عند الاباء فانه لا يمكنه المضى الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولا يدرى هل يخرج
ام لا فصار نظير ما لو استأجره ليهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل اجبر على العمل لانه لا يلحقه به
ضرر كما فى التبيين (وان فسدت) المزارعة (فالخارج لرب البذر) لما مر من انه نماء ملكه (وللاخر
اجر مثل عمله) ان كان رب البذر صاحب الارض (او اجر) مثل (ارضه) ان كان البذر من
قبل العامل (ولا يزاد) اجر المثل (على ما شرط) اى على المسمى عند الشيخين لوجود الرضى كما فى
الاجارة الفاسدة (خلافا لمحمد) فان عنده تجب بالغة ما بلغت لان التسمية عند الفساد تكون لغوا
وبه قالت الائمة الثلاثة (وان فسدت) المزارعة (لكون الارض والبقر فقط لاحدهما لزم اجر
مثلهما) اى اجر مثل الارض والبقر لانه استوفى منفعة الارض والبقر بحكم عقد فاسد فيلزم اجر
مثلهما (هو الصحيح) احتراز عما قيل يغرم له مثل الارض مكروبة واما البقر فلا يجوز ان يستحق

بعقد المزارعة بحال فلاينعقد العقد عليه لا صحيحا ولافاسدا ووجوب اجر المثل لايكون بدون انعقاد العقد والمنافع لاتتقوم بدونه (واذافسدت) المزارعة بوجه من وجوه الفساد (والبذر لرب الارض فالخارج كله حل له) اى حل له قدر البذر والفضل لانه نماء ملكه (وان) فسدت والبذر (للعامل) لايطيب له الخارج فحينئذ (تصدق بما فضل من قدر بذره و) قدر (اجره الارض) لانه حصل من بذره لكن فى ارض مملوك للغير بعقد فاسد فاوجب خبثا فما كان عوض ماله طاب له وتصدق بالفضل كما فى الاختيار (واذا ابى رب البذر عن المضى وقد كرب العامل الارض) اى قلبها الحرث (فلاشئ له) اى للعامل فى عمل الكراب (حكما) اى قضاء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما تتقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لايجب شئ (و يسترضى) اى الابى فى عمله (ديانة) على وجه يمكن اذالغرور فى الكراب من جانب الابى (وتبطل المزارعة بموت احدهما) اى احد العاقدين (وتفسخ بالاعذار كالاجارة) وقد مر الوجه فى الاجارات (وتفسخ) المزارعة (ان لزم دين محوج الى بيع الارض) بان لم يقدر على قضائه الا بيع الارض (قبل نبات الزرع) لان ذلك عذر وهى تفسخ بالاعذار (لابعده) اى لابعد نبات الزرع (مالم يحصد) اى لونبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان فى البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه به قال صاحب الدرر ولودفعها ثلث سنين فلما نبت فى الاولى ومات صاحب الارض قبل ادراكه ترك الزرع فى يد المزارع وقسم على الشرط وبطلت المزارعة فى السنتين الاخريين لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة حق المزارع والورثة وفى القطع ابطالا لحق العامل اصلا فكان الابقاء اولى واما فى الاخريين فلاحاجة الى الابقاء اذ لم يثبت الحق للمزارع فى شئ بعد فعملنا بالقياس (ولاشئ للعامل ان كان كرب الارض اوحفر النهر) لان المنافع لاتتقوم الا بالعقد وتقومها بالخارج فلاخارج (وان تمت مدتها) اى المزارعة (قبل ادراك الزرع فعلى العامل اجر مثل حصته من الارض) حتى يدرك الزرع ويستحصد لان فى قلعه ضررا فيبقى باجر المثل الى ان يستحصد ويجب على غير صاحب الارض بحصته من الاجرة (ونفقة الزرع) ومؤنة الحفظ وكرى الانهار (عليهما) اى على المتعاقدين (بقدر حصصهما) اى على قدر ملكهما بعد انقضاء المدة عليهما لانها كانت على العامل لبقاء العقد لانه مستأجر فى المدة فاذا مضت انتهى العقد فيجب عليهما لانه مال مشترك بينهما (وايهما انفق بغير اذن الاخر ولا امر قاض فهو متبرع) لان كل واحد منهما غير مجبور على الانفاق ولايقال هو مضطر الى ذلك لاحياء حقه لانه يمكنه ان ينفق بامر القاضى فصار كالدار المشتركة (وليس لرب الارض اخذ الزرع بقلا) لما فيه من الاضرار بالمزارع (وان اراد المزارع ذلك) اى اخذ الزرع بقلا (قيل لرب الارض اقلع الزرع ليكون بينكما اواعطه نصيبه) اى المزارع (اوانفق انت على الزرع وارجع فى حصته) اى ارجع عليه بما انفقته فى حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لايجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهى نظر للعامل وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر كما فى الهداية (ولو مات رب الارض والزرع بقل فعلى العامل العمل الى ان يدرك) لان العقد ثمه يبقى فى مدته وموجبه عليه الى ادراكه اوحصاده (وان مات العامل والزرع بقل فقال وارثه انا اعمل الى ان يستحصد فله) اى للوارث (ذلك) اى ان يعمل مكانه نظرا للورثة (وان) وصلية (ابى رب الارض) ولااجر للوارث بمقابلة عمله لانه قام مقام العامل وهو لايستحق الاجر فى المدة كان لوارثه مع مالزم عليه من العمل فان اراد الوارث قلع الزرع لم يجبر على العمل والعامل على الخيارات الثلث لما بينا لكن لورجع المالك بالنفقة يرجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد كما فى الكفاية

وفى التنوير الغلة فى المزارعة مطلقا اى صحيحة اوفاسدة امانة فى يد المزارع فلا ضمان لو هلكت ومثله المعاملة واذا قصر الارض فى سقى الزرع حتى هلك الزرع لم يضمن فى الفاسدة ويضمن فى الصحيحة

﴿كتاب المساقاة﴾

لايخفى عليك انه كان المناسب ان يقدم المساقاة على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث فى معاملة النبى صلى الله تعالى عليه وسلم باهل خيبر غير ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثانى كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة والمساقاة من المزارعة كما فى النتف وانما اثر على المعاملة التى هى لغة اهل المدينة لانها اوفق بحسب الاشتقاق ولم يفرق بين معناها اللغوى والشرعى فالتفرقة من الظن كما فى القهستانى (هى دفع الشجر الى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره) اى الشجر (وهى) اى المساقاة (كالمزارعة حكما) حيث يفتى على صحتها (وخلافا) حيث تبطل عند الامام وتصح عندهما كالمزارعة وبه قالت الائمة الثلاثة (وشروطا) يمكن شروطها فى المساقاة كذكر نصيب العامل والشركة فى الثمر والتخلية بين العامل والشجر واما بيان البذر ونحوه فلا يمكن فى المساقاة (الا المدة فانها) اى المساقاة (تصح بلا ذكرها) اى بلا بيان المدة استحسانا فان لادراك الثمر وقتا معلوما وقل ما يتفاوت فيه فيدخل فيه ماهو المتيقن به وادراك البذر فى اصول الرطبة فى هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع فى ظاهر الرواية لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة الفاحشة قال صاحب المنح وغيره وشروطها الا فى اربعة اشياء احدها اذا امتنع احدهما يجبر عليه اذلا ضرر عليه فى المضى بخلاف المزارعة والثانى اذا انقضت المدة يترك بلا اجر ويعمل بلا اجر وفى المزارعة باجر والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل باجر مثله وفى المزارعة بقيمة الزرع والرابع ما بين فى المتن (وتقع) مدة المساقاة (على) مدة (اول ثمرة تخرج) فى هذه السنة فاول المدة وقت العمل فى الثمر المعلوم واخرها وقت ادراكه المعلوم فيجوز وفى المنح والفتوى على انه يجوز وان لم يبين المتن المدة فتكون له ثمرة واحدة فلو لم يخرج فيها انقضت المساقاة (و) تقع (فى الرطبة على ادراك بذرها) اى دفع الرطبة لادراك البذر كدفع الشجر لادراك الثمر يعنى اذا دفعها بعد ما تناهى نباتها ولم يخرج بذرها فيقوم عليها ليخرج البذر فهو جائز كما فى القهستانى (ولو دفع نخيلا او اصول رطبة ليقوم عليها) معناها حتى يذهب اصولها او ينقطع نباتها لانه لا يعرف متى ذلك (او اطلق فى الرطبة) يعنى لم يقل حتى يذهب اصولها (فسدت) المعاملة لانه لا يعلم وقت اول جزء منها حتى لو عرف جاز كما لو اطلق فى النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى (ويفسدها) اى المساقاة (ذكر مدة لا يخرج الثمر فيها) اى فى المدة لفوات المقصود وهو الشركة فى الخارج فللعامل اجر المثل (وان احتمل خروجها) اى خروج الثمرة فيها (وعدمه) اى عدم خروجها فيها (جازت) المساقاة لاحتمال حصول المقصود (فان خرج الثمر فيها) اى فى المدة (فعلى الشرط) الذى شرطاه (لتحقق المرام وان تأخر عنها) اى عن المدة (فسدت) المساقاة (وللعامل اجر مثله) لفساد العقد لانه تبين الخطأ فى المدة المساقاة فصار كما اذا علم فى الابتداء كما فى الهداية وفى المنح كلام فان شئت فارجع اليه (وكذا) اى للعامل اجر مثله (كل موضع فسدت المساقاة فيه) لانها فى معنى الاجارة الفاسدة (وان لم يخرج شئ) من الثمر (فلا شئ له) اى للعامل بناء على جواز ان لا يخرج ابدا لآفة سماوية فلم يتبين الخطأ فى المدة وفى القهستانى هذا عند ابى يوسف (وقالا له اجر المثل وتصح المساقاة فى النخل والكرم والشجر والرطاب) يعنى البقول كالكراث والاسفاناخ ونحوهما (واصول الباذنجان) عندنا لحاجة الناس فى كلها لا فى بعضها وانما ذكر الشجر هنا مع انفهامه مما سبق وذكر النخل مع دخوله فى الشجر رد الشافعى اذ عنده

لايجوز فى الشجر ويجوز فى النخل والكرم لوقوع الاثر فيهما لافى غيرهما (فان كان فى الشجر ثمر ان كان) اى الثمر (يزيد بالعمل صحت) المساقاة (والا) اى وان لم يزد بالعمل بان انتهى الثمر (فلا) تصح لان العامل لا يستحق الا بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهى لان جوازه قبل التناهى للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة الى مثله فبقى على الاصل (وكذا فى المزارعة اذا دفع ارضا فيها بقل) فانها تجوز وان استحصد وادرك لم تجز لما قررناه قبيله والاصل ان المعاملة متى عقدت على ما هو فى حد النمو والزيادة صحت واذا عقدت على ما تناهى عظمه وصار بحال لايزيد فى نفسه بسبب عمل العامل لاتصح وانما يعرف خروج الاشجار عن حد الزيادة اذا بلغت واثمرت كما فى المنح (وماقبل الادراك كالسقى والتلقيح والحفظ فعلى العامل) لانه من تمام عمله (ومابعده) اى بعد الادراك (كالجذاذ) اى القطع (والحفظ) بعد الجذاذ (فعليهما) لان الثمر بعد الادراك صار ملكا مشتركا فيه فيشتركان و نحو هذا العمل بقدر الحصص (ولو شرط) اى ما يعمل بعده (على العامل فسدت) المساقاة (اتفاقا) لانه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة للاخر فيكون مفسدا (وتبطل) المساقاة (بموت احدهما) اى احد العاقدين (فان كان الثمر خاما) اى نيا الكن فى الفرائد كلام ان شئت فارجع اليه (عند الموت اوتمام المدة) على تقدير ذكر المدة فيها (يقوم العامل اووارثه عليه) كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية ان مات الدافع فى حال ان الثمر نى يقوم العامل عليه كما قام وان مات العامل والثمر نى يقوم وارث العامل عليه كما قام مورثه (وان) وصلية (ابى الدافع) على كونه حيا (اوورثته ان ميتا) اى ابى لهما المنع من ذلك استحسانا كما فى المزارعة لان فى منعه الحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر للدافع ولا على ورثته (فان اراد) العامل (صرمه) اى قطعه (بسرا) والمناسب ان يقول نيا (خير الاخر) ان حيا (اووارثه) ان ميتا (بين ان يقسموه) اى البسر (على الشرط او يدفعوا قيمة نصيبه) اى نصيب العامل من البسر (او ينفقوا) على البسر (حتى يبلغ ويرجعوا عليه) بما انفقوا فى حصة العامل من البسر لانه ليس له الحاق الضرر بهم (كما مر) فى المزارعة على هذا الوجه وقد بيناه هنا وجه الخيار فيها فلا نعيد (ولا تفسخ) المساقاة (بلاعذر) لان المساقاة تنعقد اجارة وتتم شركة فيكون انفساخ عقدها بما تفسخ الاجارة به (ومرض العامل اذا عجز عن العمل عذر) وفى الهداية ومن الاعذار مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان فى الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (وكذا كونه) اى العامل (سارقا يخاف منه على الثمر والسعف) قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فتفسخ به (ولو دفع فضاء) اى ارضا بيضاء الى رجل (مدة معلومة لمن يغرس فيها) شجرا (لتكون الارض والشجر بينهما لايصح) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا للدافع قبل الشركة بلا عمله (والشجر) الذى يغرس (لرب الارض) لوقوع الغرس بالتراضى فيتبع الارض لاتصاله بها (وللغارس قيمة غرسه و) اجر مثل (عمله) لانه ابتغى لعمله اجرا وهو نصف الارض اونصف الخارج ولم يحصل له منه شئ فيجب عليه اجر مثله قيل حيلة الجواز ان يبيع نصف الاغراس بنصف الارض ويستأجر صاحب الارض العامل ثلث سنين مثلا بشئ قليل ليعمل فى نصيبه وفى التنوير ذهبت الريح بنوة رجل والقتها فى كرم الاخر فنبتت منها شجرة فهى لصاحب الكرم وكذا لو وقعت خوخة فى ارض غيره فنبتت وفى المنح دفع كرمه معاملة بالنصف ثم زاد احدهما على النصف ان زاد صاحب الكرم لايجوز لانه هبة مشاع وان زاد العامل يجوز لانه اسقاط

﴿كتاب الذبائح﴾

وجه المناسبة بين المساقاة والذبائح اصلاح مالا ينتفع به بالاكل فى الحال للانتفاع فى المآل (الذبيحة اسم لما يذبح) مجازا باعتبار

مايؤل لان الذبيحة اسم لما ذبح اولما اعد للذبح كما في شرح الكنز للعيني وفي القهستاني والذبيحة
مايستذبح من النعم فانه منتقل الى الاسمية من الوصفية اذ الذبيح ماذبح فلبس الذبيحة المذكاة
كماظن والمراد ذبح الذبائح (والذبح) في الشرع (قطع الاوداج) جمع ودج والمراد الودجان
والحلقوم والمرئ وانما عبرعنه بالاوداج تغليبا كما ورد في الحديث قال ابن الشيخ في شرح الوقاية
الذبائح جمع ذبيحة وهى اسم للمذبوح والذبح بالفتح مصدر ذبح اذاقطع الاوداج وبالكسر اسم
كالذبيحة والذكوة الذبح وهى اسم من ذكى الذبيحة تذكية اذاذبحها قال حرم ذبيحة لم تذك قيل
يراد بالذبيحة معناه المجازى فالمعنى حرم حيوان من شانه الذبح اذالم يذبح فيخرج السمك والجراد
اذليس من شانهما الذبح وقيل يراد بها معناه الحقيقى فالمعنى حرم مذبوح لم يذك بمعنى لم يذكر
اسم الله تعالى فهذا لايتناول حرمة ماليس بمذبوح كالمتردية والنطيحة ونحوهما نصا ولا ظاهرا
وقيل المعنى حرم مذبوح لم يذبح ذبحا شرعيا فحينئذ يفهم حرمة مثل المتردية والنطيحة بطريق
الدلالة فان ماكان حراما اذالم يذك حال كونه مذبوحا فحرمة مالم يذك حال عدم كونه مذبوحا احرى
والىق وحكمه الى الفهم اسبق لكن لايخرج منه السمك يقال حمل الذبيحة على معناها المجازى اولى
من الحمل على معناها الحقيقى اذفى تناول الحقيقى لحرمة بعض الصور تكلف وفى اخراج مالم يذبح
منه تعسف (وتحل ذبيحة مسلم وكتابى ذمى اوحربى) اما المسلم فلقوله تعالى الاماذكيتم والخطاب
للمسلمين واما الكتابى فلقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد به مذكاتهم لان
مطلق الطعام الغير المذكى يحل من اى كافر كان وفى المنح المولد بين كتابى ومجوسى تحل ذكاته
وفى التجريد ولواهل نصرانى على ذبيحته بغيراسم الله تعالى فيسمع كلامه لم تؤكل ولئن لم يشاهد
ذبحه منهم حل اكل ذبيحتهم لكن فيه كلام قدقررناه فى النكاح (ولو) كان الذابح (امرأة او
صبيا اومجنونا يعقلان) حل الذبيحة بالتسمية ويضبطان شرائط الذبح ويقدران على الذبح
فى الاصلاح فمن لايعقل ولايضبط لاتحل ذبيحته (او) كان الذابح (اخرس) لان الاخرس عاجز
عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقام تسمية كالناسى بل اولى (اواقلف) وانما ذكر الاقلف
مع ان حل ذبيحته يفهم مماسلف احترازعن قول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فانه يقول شهادة
الاقلف وذبيحته لاتجوزمنها عن ترك الختن بلاعذر (لا) تحل (ذبيحة وثنى) لانه مشرك كالمجوسى
وهوالذى يعبد الوثن وهو الصنم هذا عندهما واما عنده فتحل لكن لاخلاف حقيقة على مامر
فى النكاح (اومجوسى) لانه مشرك ليس له احتمال ملة التوحيد (اومرتد) لانه لاملة له حيث ترك
ماعليه ولم يقرعلى ماانتقل اليه عندنا بخلاف اليهودى اذاتنصرا وبالعكس اوتنصر المجوسى اوتهود
لانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ماهوعليه عندالذبح حتى لو تمجس يهودى اونصرانى لايحل
صيده ولاذبيحته (اوتارك التسمية) حال كونه (عمدا) مسلما كان اوكتابيا عندنا لقوله تعالى ولا تاكلوا
ممالم يذكر اسم الله عليه خلافا للشافعى لقوله تعالى الاماذكيتم وفى شرح الوقاية للصدر الشريعة
تفصيل ولحاشيته للاخر مناقشة فليراجعهما وفى الهداية قال ابو يوسف والمشايخ على ان متروك
التسمية عامدا لايسع فيه الاجتهاد ولوقضى القاضى بجواز بيعه لاينفذ لكونه مخالفا للاجماع
وفى القهستانى وفيه اشعار بان التسمية شرط الحل ويدخل فيه كل اسم من اسمائه فلوقال الله اوغيره
مريدا له جازفلوسمى ولم ينو الذبح لم يحل والاحسن بسم الله والمستحب عند البقالى بسم الله والله اكبر
وكذا عند الحلوانى الاانه كرهه مع الواو ولكن المنقول عن الاثر بالواو فلايكره وانما حل الاكل اذاسمى
على الذبيحة لانه لوسمى عندالذبح لافتتاح عمل لم يحل لمافى التنوير ولوسمى ولم تحضره النية صح بخلاف
مالوقصد بالتسمية التبرك فى ابتداء الفعل فانه لايصح كما لوقال الله اكبر واراد به متابعة المؤذن فانه
لايصير شارعا فى الصلوة وان لم يكن له نية فى التسمية يحل وكذا اذافصل بينه وبين التسمية بعمل كثير

لم يحل وكذا لو سمى وذبح لقدوم الامير او غيره من العظماء لا يحل لانه ذبح تعظيما له لا لله تعالى
بخلاف ما اذا ذبح للضيف فانه لله تعالى (فان تركها) اى التسمية (ناسيا تحل) ذبيحته لان النسيان
مرفوع حكمه خلافا لمالك (وكره) اى المذبوح (ان يذكر مع اسم الله تعالى غيره وصلا دون
عطف) مثل ان يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لانه غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ
لكن يكره لوجود القران والوصل صورة وان قال بالخفض لا يحل قيل هذا اذا كان يعرف النحو
اكل ذبيحتهم (و) كره (ان يقول بسم الله اللهم تقبل من فلان) فانه لا يحرم لان الشركة
لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكنه يكره لما ذكرنا قبيله (فان قاله) اى قوله اللهم تقبل من
فلان (قبل الاضجاع) او بعد الاضجاع (او) قبل (التسمية او بعد الذبح لا يكره) لما روى عن
النبي عليه الصلاة والسلام انه اذا اراد ان يذبح اضحيته يقول هذا منك ولك صلوتى ونسكى
ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين بسم الله والله اكبر
كما قررناه فى الحج ثم يذبح ويقول بعده اللهم تقبل هذا من امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية
ولى بالبلاغ (وان عطف حرمت) ذبيحته (نحو بسم الله وفلان بالجر) قال العينى فى شرح
الكنز والاوجه ان لا يعتبر الاعراب بل يحرم اكل الذبيحة مطلقا بالعطف نحو ان يقول بسم الله واسم
فلان و بسم الله ومحمد رسول الله بالخفض ولو رفع المعطوف على اسم الله تحل واختلفوا فى النصب
ويكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة (وكذا) تحرم (ان اضجع شاة وسمى) ثم تركها
ولم يذبحها (وذبح غيرها) اى غير الشاة (بتلك التسمية) لان التسمية فى الذبح مشروطة على
الذبيحة ولم تقع على الثانية فتحرم (وان ذبحها) اى الذبيحة الاولى (بشفرة اخرى حلت) لانه
لا اعتبار باختلاف الآلة هنا (وان رمى الى صيد وسمى فاصاب) السهم (غيره) اى غير ذلك
الصيد (اكل) لان التسمية هنا على الآلة لان التكليف بحسب الوسع والذى فى وسعه هو الرمى
دون الاصابة على ما قصده (وان سمى على سهم ورمى بغيره) اى بغير ذلك السهم الذى سمى
عليه (لا يؤكل) لانه لم يعلق التسمية على ذلك الغير فكان رميه بلا تسمية (والارسال) اى ارسال
الكلب والجارح (كالرمى) حكما فلو ارسل كلبه الى صيد وسمى فترك الكلب ذلك الصيد فاخذ
غيره حل لتعليق التسمية بالآلة بخلاف ما اذا ارسل كلبا وسمى ثم تركه وارسل اخر فاصاب لا يؤكل
لعدم وجود التسمية على الآلة وهو المشروط وفى المنح ويشترط التسمية حال الذبح وفى الرمى عند الرمى
وفى الارسال عند الارسال والمعتبر الذبح عقيب التسمية قبل تبدل المجلس (والشرط) فى التسمية
(الذكر الخالص) المجرد عن شوب الدعاء وغيره قال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه جردوا
التسمية ثم فرعه بقوله (فلو قال) اى عند الذبح (اللهم اغفر لى لا يحل) لانه دعاء وسؤال (والحمد
لله وسبحان الله) يريد به التسمية (يحل) لانه ذكر خالص فيقوم مقام التسمية (لا) يحل فى الاصح
(او عطس) عند الذبح (وحمد له) لانه يريد الحمد لله على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة
حيث يجزيه ذلك عن الخطبة اذا نوى لان المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقا وفى الذبيحة المأمور به
هو الذكر على المذبوح وفى المنح وفى قواعد صاحب البحر واما النية فى الخطبة الجمعة فشرط
صحتها حتى لو عطس بعد صعود المنبر فقال الحمد لله للعطاس غير قاصد لها لم تصح (والسنة
نحر الابل) اى قطع عروقها الكائنة فى اسفل عنقها عند صدورها لان موضع النحر عنها لا لحم
عليه وما سوى ذلك من الحلق عليه لحم غليظ فالنحر اسهل من الذبح (وذبح البقر والغنم)
لان اسفل الحلق واعلاه سواء فى اللحم فيهما والذبح ايسر (ويكره العكس) اى ذبح الابل
ونحر البقر والغنم لترك السنة المتوارثة لقوله تعالى ان الله يأمركم ان تذبحوا بقرة وقال الله تعالى وفديناه
بذبح عظيم وقال الله تعالى فصل لربك وانحر اى انحر الجزور (ويحل) لوجود شرط الحل وهو

قطع العروق وانهار الدم والسنة ان ينحر البعير قائما ويذبح الشاة مضطجعة وكذا البقر
(والذبح) اى قطع الاوداج (بين الحلق) وهو الحلقوم على ما فى النهاية (واللبة) بفتح اللام
والباء المشددة هى المنحر من الصدر على ما فى الكافى والهداية موافقا لرواية المبسوط وفى الخانية
محل الذكوة الحلق كله لقوله عليه الصلوة والسلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين وهو الموافق
لرواية الجامع الصغير انه لا بأس بالذبح فى الحلق اعلاه واسفله واوسطه ومن هذا قال (اعلى الحلق
او اسفله او اوسطه) فيكون عطف بيان لقوله بين قال ابو المكارم وفى الكافى ان ما بينهما هو الحلق
كله وقد سبق ان الحلق هو الحلقوم فظهر فساد ما فى الكفاية من ان مقتضى رواية الجامع ان
الذبح لو وقع فى اعلى من الحلقوم كان المذبوح حلالا لكونه ما بين اللبة واللحيين وقد صرح فى الذخيرة
ان الذبح اذا وقع فى اعلى من الحلقوم لا يحل انتهى لكن قال القهستانى والحلق فى الاصل
الحلقوم استعمل فى بعض العنق بعلاقة الجزئية لقرينة رواية المبسوط والذخيرة وكلام التحفة
والعتابى والكافى والمضمرات يدل على ان الحلق يستعمل فى العنق بعلاقة الجزئية بقرينة رواية
الجامع فالمعنى من مبدأ الحلق واللبة فالذبح عند الاولين من العقدة وعند الاخرين من اصل
العنق فمن الظن الفاسد افساد كلام الكفاية بناء على كلام الاخرين مع انه حمله على خلاف
مراده حيث نقله هكذا مقتضى رواية الجامع ان الذبح لو وقع فى اعلى من الحلقوم كان المذبوح
حلالا وكلامه هكذا هذه الرواية تقتضى ان يحل وان وقع الذبح فوق الحلق قبل العقدة
واو جعل بين بمعنى فى كافى الكرمانى لم يستقم كما لا يخفى (وقيل لا يجوز فوق العقدة) وانما اتى بصيغة
التمريض لمخالفته ظاهر الحديث الذى مر آنفا (والعروق) اى عروق الذبح الاختيارى كما فى اكثر
الكتب لكن بعيد بل الاولى عروق الحلق فى المذبح كما فى القهستانى (التى تقطع فى الذكوة)
اربعة (الحلقوم) مجرى النفس (والمرئ) مهموز اللام فعيل مجرى الطعام والشراب اصله رأس
المعدة المتصلة بالحلقوم كما فى الديوان وغيره لكن فى الطلبة ان الحلقوم مجرى الطعام والمرئ
مجرى الشراب وفى المبنى ان الحلقوم مجريهما وفى المبسوطين انهما عكس ما ذكرنا موافق لما فى
الهداية فانه قال واما الحلقوم فيخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس
(والودجان) تثنية ودج بفتحتين عرقان عظيمان فى جانبى قدام العنق بينهما الحلقوم والمرئ
(ويكفى قطع ثلثة منها) اى من الاربعة (اياما كانت) عند الامام لان للاكثر حكم الكل وبه كان
يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما سيأتى (وعند محمد) كما فى المحيط وغيره وفى الهداية (وعن
محمد لا بد من قطع اكثر كل واحد منها) اى من اربعة وهو رواية (عن الامام) لان كل واحد منها
منفصل عن الاخر والامر ورد بقطعه فقام الاكثر مقام الكل (وعند ابى يوسف لا بد من قطع
الحلقوم والمرئ) ولا يكفى بواحد منهما (واحد الودجين) لان كلا منهما مخالف للاخر
ولا بد من قطعهما واما الودجان فالمقصود من قطعهما انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر
وعند الشافعى قطع الودجين ليس بشرط وعند مالك لا بد من قطع الكل (وقيل محمد معه)
اى مع ابى يوسف وفى الهداية المشهور فى كتب اصحابنا ان هذا قول ابى يوسف وحده وكون
محمد معه رواية القدورى فى مختصره (ويجوز الذبح بكل ما افرى الاوداج) اى قطع العروق
واخرج ما فيها من الدم لان المراد من الاوداج ههنا كل الاربعة تغليبا (وانهر الدم)
يعنى اساله من نهر الماء فى الارض سال (ولو) وصلية (مروة) بكسر الميم اى يجوز بها الذبح
وهى حجر ابيض يذبح بها كالسكين (او ليطة) بكسر اللام وسكون الياء هى قشر القصب (او سنا
او ظفرا منزوعين) اذ بهما تحل الذبيحة مع الكراهة عندنا لقوله عليه الصلوة والسلام انهر
الاوداج بما شئت وروى افر الاوداج بما شئت (لا) تحل (بالقائمين) اى متصلين بموضعهما

وعند الشافعي الذبيحة ميتة ولو كانا منزوعين لقوله عليه الصلاة والسلام ما خلا الظفر والسن
واما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة ونحن نحمله على غير المنزوع فانه الصادر من الحبشة
(وندب احداد الشفرة قبل الاضجاع) لورود الاثر وان يضجع بالرفق وعلى اليسار ويوجه
الى القبلة ويشد ثلث قوائم فقط ويذبح باليمين ويسرع على الذبح واجراء الشفرة على الحلق
(وكره بعده) اى بعد الاضجاع اشفاقا على المذبوح (وكذا) كره (جرها برجلها) اى الذبيحة
(الى المذبح) ارفاقا لها (والنخع) بفتح النون وسكون الخاء المعجمة وهو ان يصل الى النخاع
وهو خيط ابيض فى جوف عظم الرقبة لزيادة الم بلا حاجة اليه وقيل ان يمد رأسها حتى يظهر
مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل ان يسكن من الاضطراب (و) كره (قطع الرأس والسلخ قبل
ان تبرد والذبح من القفاء) اذ هو عذاب فوق العذاب (وتحل) الذبيحة لو ذبحها من القفاء
(ان بقيت حية حتى قطعت العروق) لتحقق الموت بما هو ذكوة كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج
(والا) اى وان لم تبق بل ماتت قبل قطع العروق (فلا) تحل ولا تؤكل لوجود ما ليس بذكوة كما لو ماتت
حتف انفها (ولزم ذبح صيد استأنس) كالظبي اذا تألف فى البيت فانه يذبح لامكانه (وجاز جرح
نعم) بفتحتين مثل الغنم والابل والبقر (توحش) بان ند عن اهله ودخل فى البادية وصار وحشيا
لان ذكوة الاختيار تعذر فيذكى بالجرح فى بدنه حيث اتفق كالصيد (اوتردى) حيوان فى بئر
اذا لم يمكن ذبحه فانه يجرح ويؤكل اذا علم موته من الجرح والا لا وان اشكل ذلك اكل لان الظاهر
ان الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف موتها صارت ذكوتها الجرح ثم ان
المصنف اطلق الجواب فيما توحش من الغنم وكذا فيما تردى وعن محمد ان الشاة اذا ندت فى المصر
لا تحل بالعقر وان ندت فى الصحراء تحل بالعقر وفى الابل والبقر يتحقق العجز فى المصر والصحراء
فيحل بالعقر وقال مالك يلزم الذبح فى الوجهين لا الجرح لان ذلك نادر ولا عبرة للنادر فى الاحكام
(ولا يحل الجنين بذكوة امه اشعر اولا) حتى لو نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة فخرج من بطنها جنين
ميت لم تؤكل عند الامام وزفر وحسن بن زياد لانه مستقل فى حيوته فيشترط فيه ذكوة استقلالية
(وقالا يحل ان تم خلقه) لقوله عليه الصلاة والسلام ذكوة الجنين ذكوة امه وبه قالت الائمة
الثلاثة

﴿فصل﴾ فيما يحل اكله وما لا يحل

(ويحرم اكل) كل (ذى) اى
صاحب (ناب) هو حيوان ينتهب بالناب كالذئب من سبع هو كل جارح منتهب قاتل (او)
يحرم كل ذى (مخلب) يختطب بالمخلب كالبازى من الطير فكان من شانهما الايذاء بالناب والمخلب
وهو المؤثر فى الحرمة وقوله (من سبع) بيان لقوله ذو ناب وقوله (او طير) بيان لقوله والمخلب
والمراد من ذى ناب الذى يصيد بنابه ومن ذى مخلب الذى يصيد بمخلبه لا كل ذى ناب ومخلب
فان الحمامة لها مخلب والبعير لها ناب لما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما نهى رسول الله
صلى الله تعالى عليه وسلم عن اكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير (والضبع
والثعلب) لانهما من السباع فلا يؤكل لحمهما كالذئب والنمر والفهد والكلب والسنور اهليا او بريا
فيكون الحديث حجة على الائمة الثلاثة فى اباحة اكلهما (و) يحرم اكل (الحمر الاهلية) لما روى ان
النبى صلى الله تعالى عليه وسلم حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر بخلاف الوحشية فانها يحل
اكلها وعند مالك يحل ايضا فى الاهلية (والبغال) لانه متولد من الحمار وان كانت امه فرسا كان على
الخلاف المعروف فى لحوم الخيل وان كانت امه بقرة يؤكل بلا خلاف لان المعتبر فى الحل والحرمة
الام فيما تولد من مأكول وغير مأكول (والفيل) لانه ذو ناب (والضب) لانه من السباع خلافا
للائمة الثلاثة (واليربوع وابن عرس) يقال لها بالفارسى راسو لانهما من سباع الهوام خلافا
للشافعى (والزنبور) لانه من المؤذيات (والسلحفاة) البرية والبحرية لانهما من الخبائث

(والحشرات) الصغار من الدواب جمع الحشرة كالفارة والوزغة وسام ابرص والقنفذ والحية والضفدع والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد لانها من الخبائث وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وماروى من اباحة الضب محمول على الابتداء قبل تحريم الخبائث فالمؤثر فى الحرمة الخبث الخلقى كما فى الهوام او بعارض كما فى الجلالة كبقرة تتبع النجس قبل الحكمة فى حرمة هذه الحيوانات كرامة بنى آدم كيلا يتعدى شئ من الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل فى الخانية لابأس بدود الزنبور قبل نفخ الروح فيه لان ماروح له لايسمى ميتة واعلم ان الحشرات محرمة عندنا حلال مكروه عند غيرنا وان شاة لو حملت من كلب ورأس ولدها رأس الكلب اكل الارأسه ان اكل العلف دون اللحم اوصاح صياح الغنم لاالكلب اواتى بالصوتين وكان له الكرش لاالامعاء كما فى القهستانى (ويكره الغراب الابقع) الذى يأكل الجيف (والغداف) بضم الغين المعجمة والدال المهملة وفى آخره الفاء نوع من الغراب لاكلهما الجيف (والرخم) جمع رخمة وهو طير ابلق يشبه النسر فى الخلقة (والبغاث) وهو طير صغير يشبه العصفور لانهما يأكلان الجيف (و) يكره اكل لحم (الخيل تحريما) اى كراهة تحريم عند الامام (فى الاصح) كما فى الخلاصة والهداية وهو الصحيح كما فى المحيط وغيره وهو قول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وبه قال مالك لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن لحم الخيل والبغال والحمير كما فى الكرمانى وغيره وحكى عن عبد الرحيم الكرمانى انه قال كنت مترددا فى هذه المسئلة فرأيت اباحنيفة فى المنام يقول لى كراهة تحريم ياعبد الرحيم وقيل انه رجع قبل موته بثلثة ايام عن حرمة لحمه وعليه الفتوى كما فى كفاية البيهقى ثم انه مكروه كراهة تنزيه فى ظاهر الرواية وهو الصحيح على ماذكره فخر الاسلام وغيره (وعندهما) والشافعى واحمد (لايكره الخيل) لحديث جابر رضى الله تعالى عنه انه قال واذن فى لحم الخيل يوم خيبر (وحل العقعق) لانه يخلط فى اكله فاشبه الدجاج وعن ابى يوسف انه يكره لان غالب مأكوله الجيف والاول اصح (وغراب الزرع) لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولامن الخبائث فحاصله ان الغراب ثلثة انواع نوع يأكل الحب فقط وهو ليس بمكروه ونوع يأكل الجيف فقط وهو مكروه ونوع يأكل الحب مرة والجيف اخرى وهو غير مكروه عند الامام ومكروه عند ابى يوسف (والارنب) لانه عليه الصلاة والسلام امر اصحابه ان يأكلوه حين اهدى اليه مشويا وكذا الوبر كما فى شرح الكنز للعينى وفى النهاية وذكر فى بعض المواضع ان الخفاش يؤكل وذكر فى بعضها لايؤكل لان له نابا (ولايؤكل من الحيوان المائى) وهو الذى يكون مثواه وعيشه فى الماء عندنا لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث (الا السمك بانواعه) غير الطافى وقال مالك وجماعة باطلاق جميع مافى البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعى انه اطلق ذلك كله والخلاف فى الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله صلى الله تعالى عليه وسلم فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لادم فى هذه الاشياء اذ الدموى لايسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وماسوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لايحل والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال (كالجريث) بكسر الجيم وتشديد الراء نوع من السمك غير المارماهى (والمارماهى) وانما افردهما بالذكر لمكان الخفاء فى كونهما من جنس السمك ولمكان الخلاف فيها لمحمد ذكره صاحب المغرب وماقيل ان الجريث كان ديوثا يدعو الناس الى حليلته فمسخه الله تعالى به فممنوع لان الممسوخ لانسل له ولايقع باقيا

بعد ثلاثة ايام وان المار ماهى متولد من الحية ليس بواقع بل هو جنس شبيه بها صورة (ولا يؤكل الطافى منه) هو السمك الذى يموت فى الماء حتف انفه بلا سبب ثم يعلو فيظهر حتى اذا انحسر عنه الماء يجوز اكله لقوله عليه الصلاة والسلام ما انحسر عنه الماء فكل وروى عن محمد انه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه فى الماء فمات لايؤكل وان كان ذنبه فى الماء فمات يؤكل اذ هذا سبب لموته وفى الفتوى الصغرى اذا وجد السمك ميتا على الماء وبطنه من فوق لم يؤكل لانه طاف وان كان ظهره من فوق اكل لانه ليس بطاف وقال الشافعى ومالك لابأس به لاطلاق ماروينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ماروى جابر رضى الله تعالى عنه عن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم انه قال ما انصب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفى فلا تأكلوا (وان مات بحر او برد) او فى كدر الماء (ففيه روايتان) فى رواية يؤكل لوجود السبب بموتها وفى المنح وقال محمد يحل اكله وبه اخذ ابو الليث وعليه الفتوى وفى الاخرى لا لان الماء لايقتل السمك حارا او باردا وبه اخذ السرخسى وفى الدرر وان ضرب سمكة فقطع بعضها يحل اكل ما ابين وما بقى لان موته بسبب وما ابين من الحى وان كان ميتا فميتته حلال للحديث وكذا ان وجد فى بطنها سمكة اخرى لان ضيق المكان سبب لموتها وكذا ان قتلها شئ من طير الماء او ماتت فى جب ماء او جمعها فى حظيرة لايستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فتن فيها لان ضيق المكان سبب لموتها واذا ماتت فى الشبكة وهى لاتقدر على التخلص منها او اكل شيئا القاه فى الماء لياكله فمات منه او ربطها فى الماء فماتت او انجمد الماء فبقيت بين الجمد فماتت يؤكل وفى المنح اذا رمى صيدا فقطع عضوا اكل الصيد دون العضو او قطعه نصفين اكلا انتهى (ويحل هو) اى السمك (والجراد بلا ذكوة) لمارويناه ولكن بينهما فرق وهو ان الجراد يؤكل وان مات حتف انفه بخلاف السمك وعند مالك لابد من موت الجراد من سبب وبه قال احمد فى رواية وعن مالك يعتبر قطع رأسه ويشويه (ولو ذبح شاة لم تعلم حيوتها فتحركت او خرج منها) اى من الشاة (دم) من غير تحرك (حلت) اكلها لان الحركة وخروج الدم لايكونان الا من الحى وذكر محمد ابن مقاتل ان خرج الدم ولم يتحرك لايحل (والا) اى وان لم يتحرك اولم يخرج الدم (فلا) تحل ان لم يعلم حيوته وقت الذبح وان علمت حيوته وقت الذبح (حلت مطلقا) اى على كل حال قال العينى فى شرح الكنز ولو ذبح شاة مريضة لم تتحرك منها الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لاتؤكل وان فتحت عينها تؤكل وان مدت رجلها لا تؤكل وان قبضت رجلها اكلت وان نام شعرها لاتؤكل وان قام شعرها اكلت وفى التنوير سمكة فى سمكة فان كانت المظروفة صحيحة حلتا والا حل الظرف لا المظروف

﴿كتاب الاضحية﴾

عقب به الذبائح لانها كالمقدمة له اذ بها تعرف التضحية اى الذبح الذى من ايام الاضحى وهى افعولة وكان اصله اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت فى الياء وكسرت الحاء لثبات الياء وتجمع على اضاحى بتشديد الياء قال اصمعى وفيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة وتجمع على ضحايا كهدية على هدايا واضحاة وجمعه اضحى كارطاة وارطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفى الشرع هى ذبح حيوان مخصوص بنية القربة فى وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها الاسلام واليسار الذى يتعلق به صدقة الفطر فتجب على الانثى وسببها الوقت وهو ايام النحر وركنها ذبح ما يجوز ذبحها وحكمها الخروج عن عهدة الواجب فى الدنيا والوصول الى الثواب فى العقبى (هى) اى الاضحية (واجبة وعن ابى يوسف سنة) مؤكدة وهو قول الشافعى واحمد (وقيل هو) اى كونها سنة (قولهما) يعنى ذكر الطحاوى انها واجبة عند الامام سنة عندهما ووجه الوجوب قوله عليه الصلاة

والسلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا هذا وعيد يلحق بترك الواجب ووجه السنة قوله صلى الله تعالى عليه وسلم من اراد ان يضحى منكم شاة فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا اذ التعليق بالارادة ينافى الوجوب لكن المراد من الارادة القصد الذى هو ضد السهو لا التخيير لانه لا تخيير بين الاداء والترك فكانه صرح به وقال من قصد منكم ان يضحى وهذا لا يدل على نفى الوجوب فصار هذا نظير قوله عليه الصلاة والسلام من اراد منكم الجمعة فليغتسل لم يرد التخيير هناك فكذا هذا وانما تجب التضحية دون الاضحية لما تقرر من ان الوجوب من صفات الفعل الا ان القدورى ومن تبعه قال ذلك (توسعة) ومجازا والمراد بالوجوب الوجوب العملى لا الاعتقادى حتى لا يكفر جاحدها كما فى النهر (على حر) فلا تجب على العبد (مسلم) فلا تجب على الكافر (مقيم) فلا تجب على المسافر لقول على رضى الله تعالى عنه ليس على مسافر جمعة ولا اضحية وعن مالك لا يشترط الاقامة ويستوى فيه المقيم بالمصر والقرى والبوادى (موسر) لان العبادة لا تجب الا على القادر وهو الغنى دون الفقير ومقداره ما تجب فيه صدقة الفطر وقوله (عن نفسه) يتعلق بقوله تجب لانه اصل فى الوجوب عليه (لا عن طفله) اى اولاده الصغار فى ظاهر الرواية لكونها قربة محضة فلا تجب على الغير بسبب الغير (وقيل) اى فى رواية الحسن عن الامام (تجب عنه) اى عن الطفل (ايضا) اى كنفسه لكونها قربة مالية والطفل فى معنى نفسه فيلحق به كما فى صدقة الفطر (وقيل يضحى عنه) اى عن الطفل (ابوه او وصيه من ماله) ان كان له مال (فيطعم) الطفل (منها ما امكن) الاطعام بقدر الحاجة (ويستبدل بالباقى ما ينتفع به مع بقائه) كالثوب والخف فلا يستبدل بما ينتفع به بالاستهلاك كالخبز والادام لان الواجب هو اراقة الدم فالتصدق باللحم تبرع وهو لا يجرى فى مال الصبى فينبغى ان يطعم الطفل ويدخر له ويستبدل الباقى بالاشياء التى ينتفع الطفل بها مع بقاء اعيانها اعتبارا بجلد الاضحية وفى الهداية وان كان للصغير مال يضحى عنه ابوه او وصيه من ماله عند الشيخين وقال محمد وزفر والشافعى من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف فى هذا كالخلاف فى صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير فى قولهم جميعا لما قررناه قبيله والاصح ان يضحى من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقى ما ينتفع بعينه (وهى) اى الاضحية (شاة) تجوز من فرد فقط (او بدنة) تجوز من واحد ايضا (او سبع) بضم السين بمعنى واحد من السبع (بدنة) بيان للقدر الواجب والقياس ان لا تجوز البدنة الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهى القربة والقربة لا تتجزى الا انا تركناه بالاثر وهو ما روى عن جابر رضى الله تعالى عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص فى الشاة فيبقى على اصل القياس ثم اراد تفسير قوله او سبع بدنة فقال (بان اشترك) المضحى (مع ستة فى بقرة او بعير وكل) واحد منهم (يريد القربة وهو) اى كل واحد منهم (من اهلها) اى اهل القربة بكونهم مسلمين (ولم ينقص نصيب احدهم عن سبع) ثم فرعه فقال (فلو اراد احدهم بنصيبه اللحم او كان كافرا ونصيبه) اى نصيب احدهم (اقل من سبع لا تجوز عن واحد منهم) لما مر ان وصف القربة لا يتجزى حتى اذا مات رجل وترك امرأة وابنا وبقرة فضحياها يوم العيد لا يجوز نصيب المرأة لانه اقل من السبع وكذا لا يجوز فى نصيب الابن لانعدام وصف القربة فى البعض وقال مالك تجوز البدنة عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منهما (ويجوز اشتراك اقل من سبعة ولو) كانت البدنة (بين اثنين) نصفين فى الاصح قال العينى فى شرح الكنز وتجوز عن ستة او خمسة او اربعة او ثلاثة ذكره محمد فى الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعن من دونه اولى ولا تجوز عن الثمانية لعدم النقل فيه (ويقسم لحمها) اى اذا جاز على الشركة فقسمة اللحم (وزنا) بين الشركاء

﴿لانه﴾

لانه موزون (لاجزافا) لان فى القسمة معنى التمليك فلا يجوز جزافا عند وجود الجنس و الوزن ولا يجوز التحليل لانه فى معنى الهبة وهبة المشاع فيما يقسم لاتجوز (الا اذا خلط) وضم (مع اللحم من اكارعه اوجلده) اى يكون فى كل جانب شئ من اللحم ومن الاكارع او يكون فى كل جانب شئ من اللحم وبعض الجلد او يكون فى جانب لحم و اكارع وفى آخر لحم وجلد فحينئذ يجوز صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما فى الدرر (ولواشترى بدنة للاضحية ثم اشترك فيها ستة جاز استحسانا) وفى القياس لاتجوز وهوقول زفر ورواية عن الامام لانه اعدها للقربة فلا يجوز بيعها وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة ولا يجد الشريك وقت الشراء فمست الحاجة الى هذا (والاشتراك قبل الشراء احب) لانه يبعد عن الخلاف و يسلم عن الرجوع فى القربة وروى عن الامام كراهة الاشتراك بعده (واول وقتها) اى اول وقت تضحية الاضحية (بعد فجر النحر) لكن (لايذبح فى المصر قبل صلاة العيد) لقوله عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته وهذا الشرط لمن تجب عليه صلاة العيد ويذبح غير المصرى كاهل القرى قبل الصلاة ومن هنا ظهر ان وقت التضحية فى حق البعض الذى لاتجب صلاة العيد من طلوع الفجر يوم النحر لانعدام المانع هو الاشتغال بالصلاة وفى حق البعض يعتبر بعد ان يصلى الامام صلاة العيد الواجبة وعند مالك واحمد اهل المصر لايذبحون قبل ذبح الامام ايضا وعند الشافعى صح قبل الصلاة لو مضى من الوقت قدر مايصلى ركعتين مع الخطبتين (وآخره) اى آخر وقتها (قبيل غروب) الشمس فى (اليوم الثالث) عندنا لماروى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله تعالى عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأى لايهتدى الى المقادير وعند الشافعى اربعة لقوله عليه الصلاة والسلام ايام التشريق كلها ايام ذبح قلنا اذا كان فى الاخبار تعارض فالاخذ بالمتيقن اولى ثم المعتبر فى ذلك مكان الاضحية حتى لو كان فى السواد والمضحى فى المصر يجوز من انشقاق الفجر وعلى عكسه لايجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصرى اذا اراد التعجيل ان يخرج بها الى خارج المصر فيضحى بها كما طلع الفجر اعتبارا بالزكوة بخلاف صدقة الفطر ولوضحى بعد ماصلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا والمعتبر هى الصلاة دون الخطبة (واعتبر اخره) اى اخر وقتها (للفقر وضده والولادة والموت) فلوكان غنيا فى اول الايام وفقيرا فى اخرها لاتجب عليه وفى العكس تجب وان ولد فى اليوم الاخير تجب عليه وان مات فيه لاتجب عليه فتبين ان الامام صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون التضحية كما لو شهدوا انه يوم العيد عند الامام يصلى بالناس العيد ثم ضحوا ثم بان انه يوم عرفة اجزأتهم الصلاة والتضحية كما فى التنوير ولو وقعت فى البلد فتنة ولم يبق فيها وال ليصلى بهم العيد فضحوا بعد صلوة الفجر اجزأهم كما فى المنح (واولها) اى اول ايام النحر (افضلها) لمابيناه آنفا (وكره الذبح ليلا) وان جاز لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل وفى المنح الظاهر ان هذه الكراهة للتنزيه ومرجعها الى خلاف الاولى اذ احتمال الغلط لايصلح دليلا على كراهة التحريم التى نسبتها الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض (فان فات وقتها قبل ذبحها) اى ولو لم يضح ما اوجب على نفسه بان عين شاة فى ملكه وقال لله على ان اضحى بهذه الشاة (لزمه التصدق بعين المنذورة حية) سواء كان ذلك الموجب فقيرا اوغنيا ولونذر ان يضحى ولم يسم شيئا يقع على الشاة ولايأكل الناذر منها ولو اكل فعليه قيمة اكله لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته (وكذا) اى لزم التصدق بعين المنذورة حية (ما شراها فقير للتضحية) لان الفقير انما تجب عليه اذا شراها بنية التضحية فيتعلق بالمحل (والغنى يتصدق بقيمتها شراها) اى الشاة (اولا) لان الواجب يتعلق بذمته (وانما يجزئ فيها) اى فى الاضحية (الجذع من الضأن) الجذع شاة تمت لها ستة اشهر عند الفقهاء

اذا كانت عظيمة لقوله عليه الصلاة والسلام لا تذبحوا الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن وعند اهل اللغة ماتمت له سنة وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر وعن الزهري من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية اشهر (والثنى فصاعدا من الجميع) وهو ابن خمس من الابل وحولين من البقر والجاموس وحول من الشاة والمعز لانه عرف بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية فيجوز بالبغل الذي امه بقرة وبالظبي الذي امه شاة (و) تجوز (الجماء) بتشديد الميم وهي التي لاقرن لها بالخلقة اذ لايتعلق به المقصود وكذا مكسور القرن بل اولى لما قلنا (والخصي) وعن الامام ان الخصي اولى لان لحمه الذ واطيب (والثولاء) وهي المجنونة اذا لم يمنعها من السوم والرعي لان هذا لايخل بالمقصود وان منعها من ذلك لاتجوز اذ يخل (والجرباء السمينة) ولم يتلف جلدها لان الجرب في الجلد ولانقصان في اللحم وانما قيدنا بالسمينة لانها اذا كانت مهزولة لاتجوز لان الجرب في اللحم فانتقص (لا) تجوز (العمياء) وهي الذاهبة العينين (والعوراء) وهي الذاهبة احدى العينين (والعجفاء) اي المهزولة (التي لاتنقى) اي يبلغ عجفها الى حد لايكون في عظمها مخ (والعرجاء التي لاتمشي الى المنسك) اي المذبح لورود النهي عنهن (و) لاتجوز (مقطوعة اليد او الرجل) لنقصانها (وذاهبة اكثر العين او) اكثر (الاذن) لقول علي رضي الله تعالى عنه امرنا رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن وان لانضحي بمقابلة ولامدابرة ولاشرقاء ولاخرقاء (او) اكثر (الذنب) لانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن (او) اكثر (الالية) وانما قيدنا الذهاب بالاكثر لانه ان بقي الاكثر من العين والاذن والذنب ونحوها جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا وفي المنح واختار ابو الليث وعليه الفتوى (وفي ذهاب النصف روايتان) عن الامام وكذا عنهما كما في الهداية وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف (ويجوز ان ذهب اقل منه) اي من النصف (وقيل ان ذهب اكثر من الثلث لايجوز) قال ابن الشيخ في شرح الوقاية في ظاهر الرواية عن الامام لان الثلث قليل ولذا تنفذ فيه الوصية بخلاف مازاد عليه لكونه اكثر (وقيل ان ذهب الثلث لايجوز) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث وصية الثلث والثلث كثير وفي رواية عنه الربع وفي القهستاني ان كل عيب مانع لها ان كان اكثر من النصف لايجوز بالاجماع وان كان اقل منه يجوز بالاجماع وطريق معرفة ذهاب العين ان تشد العين المعاولة بعد ان كانت جائعة فيقرب اليها العلف فينظر اليها من اي مكان رأت العلف ثم تشد العين الصحيحة ويقرب العلف فينظر الى تفاوت مابين المكانين فان كان ثلثا فقد ذهب الثلث وهكذا وفي القهستاني ولايجمع ماذهب من الاذنين على ماقال ابو علي الرازي وقال ابن سماعة انه يجمع وفي شرح الكنز للعيني ولايجوز الهتماء وهي التي لااسنان لها ولاالسكاء وهي التي لااذن لها خلقة وان كان صغيرا يجوز ولاالجلالة وهي التي تأكل العذرة ولاتأكل غيرها ولاالجداء وهي المقطوعة ضرعها ولاالمصرمة وهي التي لاتستطيع ان ترضع فصيلها ولاالجدباء وهي التي يبس ضرعها وفي الهداية وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيب بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا يجزيه بهذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولايجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على موسر مكانها اخرى ولاشيء على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما (ولاتضر تعيبها من اضطرابها عند الذبح) وفي الهداية ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه حصل به

اعتبارا وحكما وكذا الوتعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد
خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدماته الذبح (وان مات احد سبعة) الذين شاركوا في البدنة
(وقال ورثته) وهم كبار (اذبحوها) اي البدنة (عنكم وعنه) اي عن الميت (صح) ذبحها استحسانا
من الجميع لوجود قصد القربة من الكل والتضحية عن الغير عرفت قربة لانه عليه الصلاة
والسلام ضحى عن امته والقياس ان لا يصح وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز
عن غيره (وكذا) صح (لو ذبح بدنة عن اضحية ومتعة وقران) مع اختلاف جهات قربتهم
عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وفي التنوير وان كان شريك الستة نصرانيا او مريدا اللحم
لم يجز عن واحد منهم (ويأكل من لحم اضحيته ويطعم من شاء من غني وفقير) لما روي انه عليه
الصلاة والسلام نهى عن اكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ثم قال كلوا وتزودوا وادخروا والنصوص
كثيرة وعليه اجماع الامة (وندب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلاث الاكل والادخار
والصدقة وهذا لا ينافي استحباب التصدق بما فوقه كالنصف مثلا (وتركه) اي ترك التصدق
(لذي عيال توسعة عليهم) اي على العيال (وندب ان يذبح بيده ان احسن الذبح) لكونه عبادة
(والا) اي ان لم يحسنه (يأمر غيره) بالذبح كيلا يجعلها ميتة (ويشهدها) لقوله عليه الصلاة
والسلام لفاطمة رضي الله تعالى عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها
كل ذنب (ويكره ان يذبحها كتابي) لانه قربة وليس هو من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من
اهل الذبح بخلاف المجوسي (ويتصدق بجلدها) لكونه جزأ منها (او يعمله آلة كجراب او خف
او فرو) لان الانتفاع به ليس بحرام (او يشتري به) اي بالجلد (ما ينتفع بعينه مع بقائه) اي بقاء ما
ينتفع به استحسانا (كغربال ونحوه) لان للبدل حكم المبدل (لا ما يستهلك) اي لا يشتري به ما
لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك (كخل وشبهه) ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله
والمعنى انه لا يتصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا
بعد الاستهلاك (فان بدل اللحم او الجلد به) اي بما ينتفع بالاستهلاك (جاز ويتصدق به) لانتقال
القربة الى البدل وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع
جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم هذا قول الامام وعن ابي يوسف بيع الاضحية او جلدها
او لحمها باطل لانه بمنزلة الوقف وفي التنوير ولا يعطى اجر الجزار منها (ويكره جز صوفها) قبل الذبح
لينتفع به بخلاف ما بعده ويكره الانتفاع بلبنها قبله (ولو ذبح اضحية غيره بغير امره جاز) استحسانا
ولا ضمان على الذابح ولا يجوز قياسا وهو قول زفر لانه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة
اشتراها القصاب واذا ضمن لا يجزيه عن الاضحية وجه الاستحسان انه لما اشتراها للاضحية فقد تعينت
للذبح اضحيته حتى وجب عليه ان يضحي بها فصار مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذناله دلالة
لانه ربما يعجز عن اقامتها لعارض يعرض له فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ليذبحها وان كان
تفوته المباشرة وحضورها لكن يحصل له تعجيل البر وحصول مقصوده بالتضحية بما عينه فيرضى به
ظاهرا وفي شرح المجمع ولو ذبح الراعي والاجنبي شاة لا يرجى حيوتها لا يضمن وقال الصدر الشهيد
يضمن (ولو غلط اثنان فذبح كل شاة الآخر صح ولا ضمان) استحسانا ولا يصح قياسا ويضمن كل
واحد منهما لصاحبه لما مر قبيله (ويتحالان) يعني يأخذ كل واحد منهما اضحيته ان كانت
باقية ولا يضمنه لانه وكيله وان كانت مأكولة يحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه
الكل في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحله في الانتهاء (وان تشاحا) اي تنازعا بان
اضحيتي اعظم واسمن ولم يرضيا (ضمن كل) واحد منهما صاحبه (قيمة لحمه) لان التضحية لما
وقعت لصاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره ضمنه (وتصدق بها) اي بتلك القيمة لانه

بدل لحم الاضحية (وصحت التضحية بشاة الغصب دون شاة الوديعة وضمنها) لان فى الغصب يثبت الملك من وقت الغصب فكانت التضحية واردة على ملكه ولكن يأثم خلافا لزفر وفى الوديعة يصير غاصبا بالذبح فيقع الذبح فى غير الملك فلم يثبت الملك الا بعد الذبح فكانت الاضحية واردة على غير الملك كما فى اكثر المعتبرات قال صدر الشريعة يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح وقال صاحب الدرر حقيقة الغصب كما تقرر فى موضعه ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة وغاية ما يوجد فى الاضجاع وشد الرجل اثبات اليد المبطلة ولا يحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب اليه الجمهور انتهى لكن الظاهر تحقق ازالة اليد المحقة بالاضجاع وشد الرجل للذبح فانهما ليسا من احكام الوديعة ولا من شان المودع تأمل

﴿كتاب الكراهية﴾ اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحد لم تخل من اصل وفرع ترد فيه الكراهية الا يرى ان فى وقت الاضحية من ليالى ايام النحر وفى التصرف فى الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن كما تقدم الكلام فيه وفى اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة فناسب ذكر الكراهية لا بعدها هى ضد الارادة والرضاء فى اللغة وانما لقبه بها وفيه غير المكروه لان بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز عنه ولقبه القدورى بالحظر والاباحة وهو حسن لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما اباحه الشرع وما منعه ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشارع وقبحه وبعضهم بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسائله اطلقه الشرع والزهد والورع تركهما وفى الشرع (المكروه) كراهة تحريم (الى الحرام اقرب) عند الشيخين لتعارض الادلة فيه وتغليب جانب الحرمة فيه فيلزمه تركه وتكلموا فى المكروه والصحيح ما قاله الشيخان كما فى جواهر الفتاوى (وعند محمد كل مكروه حرام) ما لم يقم دليل على خلافه (ولم يلفظ به) اى لم يطلق عليه لفظ الحرام فى كتبه (لعدم) الدليل (القاطع) بل كتب بالكراهة فتركه واجب كما فى الحرام فالحرام ما منع عنه بدليل قطعى وتركه فرض كشرب الخمر والمكروه ما منع بظنى وتركه واجب كاكل الضب فنسبة المكروه الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض قال ابن الساعاتى فى بحث الحكم وهو ان كان طلبا لفعل ينتهض تركه فى جميع وقته سببا لاستحقاق العقاب فوجوب اولفعل ينتهض فعله خاصة للثواب فندب وخاصة يفيد ان الترك لا يترتب عليه شئ اولترك يصير فعله سببا لاستحقاق العقاب فتحريم اولترك يصير تركه خاصة للثواب فكراهة وان لم يكن طلبا فان كان تخييرا فاباحة والا فوضعى وقد علم بذلك حدودها واعلم ان الكراهة على قسمين كراهة تحريم وكراهة تنزيه فمشايخنا تارة يقيدونها وتارة يطلقونها فاما المقيدة فلا كلام فيهما والمطلقة فتحمل على التحريم

﴿فصل﴾ (فى) بيان احوال (الاكل منه) اى بعض الاكل وكذا الشرب (فرض وهو ما يندفع به الهلاك) وفى تركه القاء النفس فى التهلكة فان هلك فقد عصى وبه يتمكن من اداء الفرائض ويوجر على ذلك قال عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى ليوجر فى كل شئ حتى اللقمة يرفعها العبد الى فيه (و) بعضه (مندوب وهو ما زاد) على ما يندفع به الهلاك (ليتمكن من الصلاة قائما ويسهل عليه الصوم) لان الاشتغال بما يتقوى به على الطاعة طاعة وسئل ابوذر عن افضل الاعمال فقال الصلاة واكل الخبز (و) بعضه (مباح) اى لا اجر فيه ولا وزر (وهو ما زاد) منتهيا (الى الشبع لزيادة قوة البدن) وفى القهستانى لو اكل للسمن كره على ما قال ابن مقاتل وعن ابى مطيع لا بأس باكلها خبزا مكسورا فى الماء البارد للسمن ولا شئ على من رزق بطنا عظيما خلقة له من غير ان يتعمد السمن ولو اكل الوان الطعام ثم تقيأ فوجدنا فعا فلا بأس به لانه علاج (و) بعضه (حرام وهو الزائد عليه) اى على الشبع لانه اضاعة المال وامراض للنفس ولانه تبذير واسراف قال عليه الصلاة والسلام لا خير فى الشبع ولا فى الجوع

خيرالامور اوساطها (الا ان قصد التقوى على صوم الغد) لان فيه فائدة (اولئلا يستحيى الضيف) لانه اذا امسك والضيف لم يشبع ربما استحيى فلا يأكل حياء او خجلا فلا بأس بأكله فوق الشبع لئلا يكون ممن اساء القرى وهو مذموم عقلا وشرعا (ولا تجوز الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعف عن اداء العبادة) قال عليه الصلاة والسلام ان نفسك مطيتك فارفق بها ولبس من الرفق ان تجيعها وتذيبها ولان ترك العبادة لا يجوز فكذا ما يفضي اليه واما تجويع النفس على وجه لا يعجز عن اداء العبادات فهو مباح كما في الاختيار (ومن امتنع من الميتة حال المخمصة او صام ولم يأكل حتى مات اثم) لانه اتلف نفسه لما بينا انه لا بقاء له الا بالاكل والميتة حال المخمصة اما حلال او مرفوع الاثم فلا يجوز الامتناع عنه اذا تعين لاحياء النفس وروى ذلك عن مسروق وجماعة من العلماء والتابعين واذا كان يأثم بترك الميتة فاظنك بترك الذبيحة وغيرها من الحلالات حتى يموت جوعا كما في الاختيار وفي البزازية خاف الموت جوعا او عطشا ومع رفيقه طعام او ماء اخذ بالقيمة منه قدر ما يسد جوعه او عطشه فان امتنع قاتل بلا سلاح وان كان الرفيق يخاف الموت جوعا او عطشا ايضا ترك له البعض (بخلاف من امتنع من التداوي حتى مات) فانه لا يأثم لانه لا يقين بان هذا الدواء يشفيه ولعله يصح من غير علاج كما في الاختيار (ولا بأس بالتفكه بانواع الفواكه) لقوله تعالى كلوا من طيبات ما رزقناكم (وتركه افضل) لئلا تنقص درجته (واتخاذ) الوان (الاطعمة سرف) دل عليه قوله تعالى اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا (وكذا) سرف (وضع الخبز على المائدة اكثر من قدر الحاجة) وفي المحيط من الاسراف الاكثار في الوان الطعام فانه منهي الا اذا قصد قوة الطاعة او دعوة الاضياف قوما بعد قوم حتى يأتوا على آخره لان فيه فائدة ومن السرف ان يأكل وسط الخبز ويدع جوانبه وترك اللقمة الساقطة من المائدة بل يرفعها او لا ويأكلها قبل غيرها ولا يأكل طعاما حارا ولا يشم ويكره ان يأكل الثريا في ان كان فيه شيء من الحيات وكذا معالجة الجراحة بعظم انسان او خنزير لانهما يحرم الانتفاع وفي البزازية ووضع العجين على الجرح ان علم فيه شفاء لا بأس به والذي رعف ولا يرقأ ان يكتب شيئا من القرآن على جبهته ولو بالبول او على جلد ميتة ان فيه شفاء (ومسح الاصابع او السكين بالخبز ووضع المملحة عليه) اي على الخبز (مكروه) لا الملح وكذا وضع الخبز تحت القصعة لان فيه اهانة الخبز وقد امرنا باكرامه وفي الزاهدي اختلفوا في جواز وضع القصعة على الخبز ومسح اليد بالخبز واكله بعده وفي البزازية ولا يعلق الخبز بالخوان بل يوضع بحيث لا يعلق ولا يكره قطع اللحم والخبز بالسكين (وسنة الاكل البسملة في اوله والحمدلة في آخره) فان نسي البسملة فليقل اذا ذكر بسم الله على اوله وآخره بجميع ذلك ورد الاثر وهو شكر المؤمن اذا رزق قال عليه الصلاة والسلام ان الله يرضى من عبده المؤمن اذا قدم اليه طعام ان يسمي الله في اوله ويحمد الله في آخره (وغسل اليدين قبله) اي قبل الطعام (وبعده) قال عليه الصلاة والسلام الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم والوضوء هنا غسل اليدين (ويبدأ بالشباب قبله) اي قبل الاكل لئلا ينتظر اليهم الشيوخ (وبالشيوخ بعده) وهو ادب لما فيه اكرام فلا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل ليكون اثر الغسل باقيا وقت الاكل ويمسحها بعده ليزول اثر الطعام بالكلية (ولا يحل شرب لبن الاتان) بالفتح هي انثى الحمر الاهلية لكون اللبن متولدا من اللحم فيأخذ حكمه ولا يؤكل الجلالة ولا يشرب لبنها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن اكلها وشرب لبنها وفي التنوير ولو سقى ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل اكله ويكره (ولا) يحل (بول ابل) للاختلاف اذ عند الامام حرام لكون الاصل في البول حرمة وقد علم ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم شفاء العرنيين بالوحي فالشفاء في غيرهم غير معلوم فبقي على الاصل وعند ابي يوسف يحل التداوي

بشربه لماروى ان قوما من عرينة مرضوا فى المدينة فامرهم النبى عليه الصلاة والسلام بان يلحقوا
المرعى ويشربوا من ابوال الابل والبانها وعند محمد يحل مطلقا اذ لوكان حراما لايحل به
التداوى لقوله عليه الصلاة والسلام ماوضع شفاءكم فيما حرم عليكم (و) لايحل (استعمال اناء
ذهب اوفضة لرجل اوامرأة) لقوله عليه الصلاة والسلام فمن شرب منه انما يجرجر فى بطنه
نار جهنم قيل يجرجر بمعنى يلقى فيكون نار جهنم مفعولا وقيل بمعنى يصوت من جرجر العجل
اذا ازداد صوته فى حنجرته فيكون نار فاعلا فاذا ثبت ذلك فى الاكل والشرب فكذا فى التطيب
وغيره لانه مثله فى الاستعمال ويستوى الرجال والنساء لاطلاق الحديث وكذا الاكل بملعقة
الذهب والفضة والاكتحال بميلهما وما اشبه ذلك وفى الذخيرة الادهان المحرم ان يأخذ آنية
الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس اما اذا ادخل يده واخذ الدهن ثم صبه على الرأس
من اليد لايكره كما فى النهاية وفى التسهيل وعلى هذا لواخذ الطعام من آنية الذهب والفضة
بملعقة ثم اكله من الملعقة ينبغى ان لايكره وكذا لواخذه بيده واكله ولكن ينبغى ان لايفتى بهذه
الرواية لئلا ينفتح باب استعمالها لكن فى الدرر تفصيل فليطالع (وحل استعمال اناء عقيق وبلور
وزجاج ورصاص عندنا) لعدم التفاخر بمثل هذه الآنية عادة لانها ليست من جنس الاثمان
وقال الشافعى يكره لحصول التفاخر كالحجرين قلنا لانسلم ولئن كانت عادتهم جارية بالتفاخر
فى غيرهما فلم تكن هذه الاشياء فى معناهما فامتنع الالحاق بهما ويجوز استعمال الاوانى من الصفر
وفى التبيين ويمكن ان يستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه فى معناه بل عينه

﴿فصل فى الكسب﴾ وفى الاختيار قال محمد بن سماعة سمعت محمد بن حسن
يقول طلب الكسب فريضة كما ان طلب العلم فريضة وهذا صحيح لماروى ابن مسعود رضى الله
تعالى عنهما عن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم انه قال طلب الكسب فريضة على كل مسلم
ومسلمة وقال عليه الصلاة والسلام طلب الكسب بعد الصلاة المكتوبة اى الفريضة بعد
الفريضة ولانه لايتوسل الى اقامة الفرض الابه وكان فرضا لانه لايتمكن من اداء العبادات الابقوة
بدنه وقوة بدنه بالقوة عادة وخلقة وتحصيل القوة بالكسب ولانه يحتاج فى الطهارة الى آلة الاستقاء
والانية وفى الصلوة الى مايستر عورته وكل ذلك انما يحصل عادة بالاكتساب والرسل عليهم الصلاة
والسلام كانوا يكتسبون وكذا الخلفاء الراشدون رضى الله تعالى عنهم ولايلتفت الى قول جماعة انكروا
ذلك وتمامه فيه ان شئت فليراجع وطلب العلم فريضة ايضا على كل مسلم ومسلمة قال فى الخلاصة
حكى عن ابى مطيع انه قال النظر فى كتب اصحابنا من غير سماع افضل من قيام ليلة وفى البزازية
طلب العلم والفقه اذا صحت النية افضل من جميع افعال البر وكذا الاشتغال بزيادة العلم اذا صحت النية
وهو اقسام فرض وهو مقدار مايحتاج اليه لاقامة الفرائض ومعرفة الحق والباطل والحلال
والحرام ومستحب وقربة كتعلم مالايحتاج اليه لتعليم مايحتاج اليه ومباح وهو الزيادة على ذلك
للزينة والكمال ومكروه وهو التعلم ليباهى به العلماء ويمارى به السفهاء ولذلك كره الامام تعلم الكلام
والمناظرة فيه وراء قدر الحاجة وفى البزازية وتعلم علم النجوم لمعرفة القبلة واوقات الصلوة لابأس به
والزيادة حرام والحيلة والتمويه فى المناظرة ان تكلم مسترشدا منصفا بلا تعنت لايكره وكذا ان
غير مسترشد لكنه منصف غير متعنت فان اراد بالمناظرة طرح المتعنت لابأس بان يحتال كل الحيلة
ليدفع عن نفسه التعنت والتعنت لدفع التعنت مشروع وفى القهستانى وتعلم المنطق كشرب
الخمر وفى قوت القلوب جعل الجهال اصحاب المنطق علماء انتهى والتعليم بقدر مايحتاج اليه
لاقامة الفرض فرض ولايجب على الفقيه ان يجيب عن كل مايسئل عنه اذا كان هناك من يجيب
غيره فان لم يكن غيره يلزمه الجواب لان الفتوى والتعليم فرض كفاية (افضله) اى الكسب

(الجهاد) لان فيه الجمع بين حصول الكسب واعزاز الدين وقهر عدو الله (ثم التجارة) لان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم حث عليها فقال التاجر الصدوق مع الكرام البررة (ثم الحراثة) واول من فعله آدم عليه الصلاة والسلام (ثم الصناعة) لانه عليه الصلاة والسلام حرض عليها فقال الحرفة امان من الفقر لكن في الخلاصة ثم المذهب عند جمهور العلماء والفقهاء ان جميع انواع الكسب في الاباحة على السواء هو الصحيح (ومنه) اى وبعض الكسب (فرض وهو) اى الكسب (قدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه) لما بيناه انه لا يتوسل الى اقامة الفرض الا به خصوصا الى قضاء الدين ونفقة من تجب عليه نفقته فان ترك الاكتساب بعد ذلك وسعه وان اكتسب ما يدخره لنفسه وعياله فهو في سعة لان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم ادخر قوت عياله سنة كما في الاختيار (ومستحب وهو الزائد عليه) اى على قدر الكفاية (ليواسي به) اى بالزائد (فقيرا او يصل به قريبا) فانه افضل من التخلي لنفل العبادة لان منفعة النفل تخصه ومنفعة الكسب له ولغيره قال عليه الصلاة والسلام الناس عيال الله في الارض واحبهم اليه انفعهم لعياله (ومباح وهو الزيادة للتجمل) والتنعم قال عليه الصلاة والسلام نعم المال الصالح للرجل الصالح وقال عليه الصلاة والسلام من طلب الدنيا حلالا متعففا لقى الله تعالى ووجهه كالقمر ليلة البدر كما في الاختيار (وحرام وهو الجمع للتفاخر والبطر وان) وصلية (كان من حل) قال عليه الصلاة والسلام من طلب الدنيا مفاخرا مكاثرا لقى الله وعليه غضبان (وينفق على نفسه وعياله بلا اسراف ولا تقتير) ولا يتكلف لهم لتحصيل جميع شهواتهم ولا يمنعهم جميعا بل يكون وسطا قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ولا يستديم الشبع قال عليه الصلاة والسلام اجوع يوما واشبع يوما (ومن قدر على الكسب لزمه) اى الكسب لما بيناه آنفا (وان عجز عنه) اى عن الكسب (لزمه السؤال) لانه نوع اكتساب لكن لا يحل الا عند العجز قال عليه الصلاة والسلام السؤال آخر كسب العبد (فان تركه) اى السؤال وهو قادر عليه (حتى مات) من جوعه (اثم) لانه القى نفسه الى التهلكة فان السؤال يوصله الى ما تقوم به عن نفسه في هذه الحالة كالكسب ولا ذل في السؤال في هذه الحالة (وان عجز عنه) اى عن الكسب (يفرض على من علم به) اى بعجزه (ان يطعمه او يدل عليه من يطعمه) صونا له عن الهلاك فان امتنعوا من ذلك حتى مات اشتركوا في الاثم واذا اطعمه واحد سقط عن الباقين ومن كان له قوت يوم لا يحل السؤال (ويكره اعطاء سؤال) جمع سائل كنصار جمع ناصر (المسجد) فقد جاء في الاثر ينادى يوم القيمة ليقم من يبغض الله فيقوم سؤال المسجد (وقيل ان كان) اى السائل في المسجد (لا يتخطى رقاب الناس ولا يمر بين يدى مصل لا يكره) اعطاؤه وهو المختار كما في الاختيار فقد روى انهم كانوا يسئلون في المسجد على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم حتى روى ان عليا رضى الله تعالى عنه تصدق بخاتمه في الصلوة (ولا يجوز قبول هدية امراء الجور) لان الغالب في مالهم الحرمة (الا اذا علم ان اكثر ماله من حل) بان كان صاحب تجارة اوزرع فلا بأس به وفي البزازية غالب مال المهدى ان حلالا لا بأس بقبول هديته واكل ماله ما لم يتبين انه من حرام لان اموال الناس لا يخلو عن حرام فيعتبر الغالب وان غالب ماله الحرام لا يقبلها ولا يأكل الا اذا قال انه مال ورثه او استقرضته ولهذا قال اصحابنا لو اخذ مورثه رشوة او ظلما ان علم وارثه ذلك بعينه لا يحل له اخذه وان لم يعلمه بعينه له اخذه حكما لا ديانة فيتصدق به بنية الخصماء وفي الخانية وقال الحلوانى وكان الامام ابو القاسم الحكيم يأخذ جوائز السلطان والحيلة فيه ان يشترى شيئا بمال مطلق ثم ينقده من اى مال شاء كذا رواه الثانى عن الامام وعن الامام ان المبتلى بطعام الظلمة يتحرى ان وقع في قلبه حله قبل واكل والا لا لقوله عليه الصلاة والسلام

استفت قلبك الحديث وجواب الامام فيمن به ورع و صفاء قلب ينظر بنور الله تعالى و يدرك بالفراسة وفي الخلاصة السلطان اذا قدم شيئا من المأكولات ان اشتراه يحل وان لم يشتره ولكن الرجل لايعلم ان في الطعام شيئا مغصوبا بعينه يباح اكله وفي الخانية رجل غصب لحما فطبخه او حنطة فطحنها قال ابو بكر البلخي يحل له اكله وعليه الضمان في قول الامام وهذا ظاهر قوله لان على قول الامام ومحمد اذا غصب حنطة فطحنها او لحما فطبخه ينقطع حق المالك و يصير ملكا للغاصب وقال ابو يوسف اكله حرام قبل ان يرضى صاحبها (ولا يكره اجارة بيت بالسواد) اي بالقرية (ليتخذ بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع) معطوف على قوله ليتخذ اي ليباع (فيه الخمر) عند الامام لان الاجارة واردة على منفعة البيت ولا معصية فيه وانما معصيته بفعل المستأجر وهو فعل الفاعل المختار فقطع نسبته منه كبيع الجارية لمن لا يستبريها او يأتيها من دبرها او بيع الغلام من اللوطي كما في التبيين وغيره وهذا صريح في جواز بيع الغلام من اللوطي والمنقول في كثير من المعتبرات انه يكره (وعندهما يكره) ان يوجر بيته لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية و به قالت الائمة الثلاثة قالوا ان ما ذكره الامام مختص بسواد الكوفة لان اغلب اهلها ذمي واما في سوادنا فاعلام الاسلام ظاهرة فلا يمكنون من اجارة البيت ليتخذه معبدا او مفسقا في الاصح كما لا يمكنون في الامصار لعدم الاذن من الحكام فيما يغلب فيه شعائر الاسلام وعن هذا قال (ويكره في المصر اجماعا وكذا في سواد غالبه اهل الاسلام) لما مر ان شعائر الاسلام ظاهرة (ومن حمل لذمي خمرا باجر طاب له) عند الامام (وعندهما يكره له) ذلك لوجود الاعانة على المعصية وقد صح ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم لعن في الخمر عشرا وعد منها حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها لا في حملها مع ان الحمل يحمل على الاراقة او التخليل والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا آجر دابة لتنقل عليها الخمر او آجر نفسه ليرعى الخنازير ولا بأس ببيع الزنار من النصارى والقلنسوة من المجوسي ولو ان اسكافا امره انسان ان يتخذ له خفا على ذي المجوسي او الفسقة او خياطا امره انسان ان يخيط له ثوبا على ذي الفساق يكره له ان يفعل ذلك (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته) والقياس ان لا يجوز لانه تبرع والعبد ليس من اهله لكن جوز في الشيء اليسير للضرورة استحسانا كما مر في المأذون (وكره قبول كسوته ثوبا واهدائه احد النقدين) لانه لا ضرورة في الشيء الكثير كالدراهم والثياب فيبقى على الاصل وهو عدم الجواز (ويقبل في المعاملات قول الفرد ولو) وصلية كان (انثى او عبدا او فاسقا او كافرا كقوله) اي قول الفرد (شريت اللحم من مسلم او كتابي فيحل او) شريته (من مجوسي فيحرم) هذه العبارة اولى من عبارة الكنز وهو قوله ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة لان شارحه الزيلعي قال هذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة انتهى لكن حمله على المساهلة اولى من حمله على السهو و يكون المراد يقبل قول الكافر فيما يؤدي الى الحل والحرمة لانه قال العيني اراد بالحل الحل الضمني و بالحرمة الحرمة الضمنية لانه اراد حاصل مسئلة في الهداية وهو قوله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة ومراد الشيخ في الحل والحرمة هو هذا اعني لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة فافهم قال صاحب المنح و يقبل قول الفاسق والكافر في المعاملات لانها يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا ادى الى الحرج

فقبل قوله مطلقا دفعا للحرج كما اذا اخبر انه وكيل فلان في بيع كذا فيجوز الشراء منه وكذا في الوكالات والمضاربات وغيرها وهذا اذا غلب على الرأي صدقه اما اذا غلب عليه كذبه فلا يعتمد عليه (و) يقبل (قول العبد والامة والصبي في الهدية) بان قال العبد او الامة او الصبي هذه هدية اهداها سيدي او ابي يجوز ان يأخذها لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء (و) يقبل قولهم (في الاذن) بان قال العبد او الامة او الصبي المميز اذن لي مولاي او الولي في البيع والشراء يجوز لمن سمع ورأى معاملته مع الغير ان يبيع ويشتري منه والا يؤدي الى الحرج في استحضار الشهود الى مواضع العقود (وشرط العدل في الديانات) لانه لا يكثر وقوعها فلا حرج في اشتراط العدالة ولا حاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها (كالخبر عن نجاسة الماء فيتيمم) لا التوضي (ان اخبر بها مسلم عدل ولو) وصلية (كان انثى او عبدا) لترجح جانب الصدق في خبره لظهور عدالته (ويتحرى في الفاسق) بنجاسة الماء (وفي) خبر (المستور ثم يعمل بغالب رأيه) وان وقع في قلبه صدقه يتيمم وان وقع فيه كذبه يتوضأ لترجح جانب الكذب (ولو اراق الماء) الذي اخبر بنجاسته فاسق او مستور (فتيمم عند غلبة صدقه وتوضأ) معطوف على قوله اراق والمعنى او لم يرق الماء وتوضأ (وتيمم عند غلبة كذبه كان احوط) كما في شرح الوقاية وغيره وفي الجوهرة وهذا جواب الحكم اما الاحتياط يتيمم بعد الوضوء

﴿ فصل في اللبس ﴾

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهة ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان قدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه (الكسوة منها فرض وهو) اي ما فرض (ما يستر العورة ويدفع ضرر الحر والبرد) قال الله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يستر عوراتكم عند الصلاة ولانه لا يقدر على اداء الصلاة الا بستر العورة وخلقه لا يتحمل الحر والبرد فيحتاج الى دفع ذلك بالكسوة فصار نظير الطعام والشراب فكان فرضا كما في الاختيار (والاولى كونه من القطن او الكتان) وهو المأثور وهو ابعد عن الخيلاء (بين النفيس والخسيس) لئلا يحتقر في الدني ويأخذه الخيلاء في النفيس وعن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم انه نهى عن الشهرتين وهو ما كان في نهاية النفاسة وما كان في نهاية الخساسة وخير الامور اوسطها (ومستحب وهو الزائد) على قدر الضرورة وفي المنح وهو ما يحصل به اصل الزينة في الازار والرداء والعمامة والقميص الرقيق ونحوها (لاخذ الزينة) المأمور به بقوله تعالى خذوا زينتكم الآية (واظهار نعمة الله تعالى) خصوصا اذا كان ذا علم ومروة وفي القنية العمامة الطويلة ولبس الثياب الواسعة حسن في حق الفقهاء الذين هم اعلام الهدى دون سائر الناس لا حسن ان يلبس احسن ثيابه للصلاة وفي الحديث الصلاة مع عمامة خير من سبعين صلاة بغير عمامة وروى من صلى وجيبه مشدود كان خيرا من صلى سبعين صلاة وجيبه مكشوف قال عليه الصلاة والسلام ان الله يحب ان يرى اثر نعمته على عباده (ومباح وهو الثوب الجميل للتزين) في الجمع والاعياد ومجامع الناس اذا لم يكن للكبر وكذا جمع المال اذا كان من حلال لان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم خرج وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام عليه الصلاة والسلام الى الصلاة وعليه رداء قيمته اربعة آلاف درهم وكان الامام يرتدي برداء قيمته اربع مائة دينار وكان يقول لتلامذته اذا رجعتم الى بلادكم فعليكم بالثياب النفيسة فالسرخسي يلبس الغسيل في عامة الاوقات ويلبس الاحسن في بعض الاوقات اظهارا لنعمة الله تعالى حتى لا يؤذي المحتاجين كما في البزازية وفي القنية وعن النخعي كان يخرج من بيته في ثياب حسنة واصحابه يقولون نحن نعرف حقيقة انه يحل له الان اكل الميتة (ومكروه وهو اللبس للتكبر) والخيلاء لقوله عليه الصلاة والسلام لمقداد بن معدي كرب كل والبس واشرب من غير مخيلة (ويستحب الثوب الابيض والاسود) لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله يحب الثياب البيض وانه خلق الجنة

بيضاء وقد روى انه عليه الصلاة والسلام لبس الجبة السوداء والعمامة السوداء يوم فتح مكة ولابأس بالازرق وفى الشرعة ولبس الاخضر سنة (ويكره) الثوب (الاحمر والمعصفر) للرجال لانه عليه السلام نهى عن لبس الاحمر والمعصفر وفى المنح ولابأس بلبس الثوب الاحمر وبه صرح ابوالمكارم فى شرح النقاية وهذا ظاهر فى ان المراد بالكراهة كراهة التنزيه لانها ترجع الى خلاف الاول كما صرح به كثير من المحققين لان كلمة لابأس تستعمل غالبا فيما تركه اولى كما قاله بعض اهل التحقيق لكن صرح صاحب تحفة الملوك بالحرمة فافاد ان المراد كراهة التحريم وهو المحمل عند الاطلاق (والسنة ارخاء طرف العمامة بين كتفيه) هكذا فعله النبى صلى الله تعالى عليه وسلم (قدر شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس واذا اراد تجديد لفها نقضها كالفها) ولايلقيها على الارض دفعة واحدة هكذا نقل من فعله عليه الصلاة والسلام كما فى الاختيار (ويحل للنساء لبس الحرير ولا يحل للرجال) ولو بحائل بينه وبين بدنه على المذهب كما فى التنوير لان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لاخلاق له اى لا نصيب له فى الاخرة وانما جاز للنساء بحديث آخر وهو مارواه عدة من الصحابة رضى الله عنهم فيهم على رضى الله عنه ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتى حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وعن هذا قال (الا قدر اربع اصابع) مضمومة فلا يحرم فهو استثناء من قوله ولايحل وفى القنية من اصابع عمر رضى الله تعالى عنه وذلك قيس شبرنا يرخص فيه وفى المنح القليل من الحرير عفو وهو مقدار ثلاث اصابع او اربع يعنى مضمومة وذلك كالعلم لان الناس يلبسون الثياب وعليها الاعلام والطراز فى تلك الاعصار من غير نكير وان كان اكثر من الاربع فهو مكروه وقد روى ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم لبس جبة مكفوفة بالحرير وروى انه لبس فروة اطرافها من الديباج وكان المعنى فى ذلك انه تبع كما فى السراجية وفى السير الكبير العلم حلال مطلقا صغيرا كان اوكبيرا انتهى هذا يخالف الموقع فى كثير من المعتبرات من التقييد بثلاث اصابع او اربع وفيه رخصة عظيمة لمن ابتلى بذلك من الاشراف والعظماء وكذلك اذا كان فى طرف القلنسوة لابأس به اذا كان قدر اربع اصابع اودونها فى ظاهر المذهب كما فى القنية وعن محمد انه قال لاينبغى ذلك فى القلنسوة وان كان اقل من اربع اصابع وفى المجتبى وانما رخص الامام فى عرض الثوب قلت وهذا يدل على ان القليل فى طوله يكره وبه جزم مولى خسرو ولكن اطلاق الهداية وكثير من المعتبرات تخالف وفى القنية نقلا عن برهان صاحب المحيط ان عند الامام لايكره لبس الحرير اذا لم يتصل بجلده حتى لو لبسه فوق قميص من غزل ونحوه لايكره عنده وكيف اذا لبسه فوق قباء اوشىء آخر محشو اوكانت جبة من حرير بطانتها ليس بحرير ولو لبسها فوق قميص غزلى قال رضى الله تعالى عنه وفى هذا رخصة عظيمة فى موضع عم به البلوى ولكن طلبت هذا القول عن الامام فى كثير من الكتب فلم اجد سوى هذا ثم قال نقلا عن الحلوانى قال ومن الناس من يقول انما يكره الحرير اذا كان يمس الجلد ومالا فلا وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه كان عليه جبة من حرير فقيل له فى ذلك فقال اما ترى الى مايلى الجسد وكان تحته ثوب من قطن ثم قال الا ان الصحيح ماذكرنا ان الكل حرام وفى الجامع للبزدوى ومن الناس من اباح لبس الحرير والديباج للرجال ومنهم من قال هى حرام على النساء ايضا وعامة الفقهاء على انه يحل للنساء دون الرجال انتهى قال عبدالبر فى شرح الوهبانية بعد حكايته لما قدمناه عن القنية قلت وفيما نقلى من خزانة الاكمل مالفظه قال الامام ومحمد لابأس بلبس الحرير وقلنسوة

﴿ الثعلب ﴾

الثعالب انتهى وهذا مطلق وفيه زيادة محمد مع الامام كما فى المنح وفى التنوير والثوب المنسوج بذهب يحل اذا كان هذا المقدار والا لا ولا بأس بتكة ديباج للرجال لانها كالبيت وكذا لا بأس بملاءة حرير توضع فى مهد الصبى لانه ليس بلبس وفى القنية تكره التكة المعمولة من الابريسم هو الصحيح وكذا القلنسوة وان كانت تحت العمامة والكيس الذى يعلق لكن فى الفتاوى الصغرى والذخيرة وشرح القدورى لاتكره التكة من الحرير عند الامام وعند ابى يوسف تكره واختلف فى عصبة الجراحة بالحرير وعن محمد لابأس ان يكون عروة القميص وزره من الحرير وهو كالعلم يكون فى الثوب ومعه غيره فلا بأس به وان كان وحده كرهته واكره تكة الحرير لانها تلبس وحدها لانه اذا كان معه غيره فاللبس لايكون مضافا اليه بل يكون تبعا فى اللبس والمحرم هو اللبس للحرير كما فى المحيط وفى القهستانى ولابأس ان يشد خمارا اسود من الحرير على العين الرامدة او الناظرة الى الثلج وكذا لو صلى على سجادة من الابريسم لم يكره فان الحرام هو اللبس اما الانتفاع بسائر الوجوه فليس بحرام (ولابأس) للرجال والنساء (بتوسده) اى باتخاذ الحرير وسادة (وافتراشه) اى اتخاذه فراشا والنوم عليه وكذا ستر الحرير وتعليقه على الباب عند الامام (خلافا لهما) لعموم النهى ولانه من زى الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضى الله تعالى عنه اياكم وزى الاعاجم وبه قالت الائمة الثلاثة وهذا الخلاف على قول القدورى وصاحب المنظومة والمجمع وذكر فى الجامع الصغير الخلاف بين الامام ومحمد وذكر ابو الليث ان ابا يوسف مع الامام وله ماروى انه عليه الصلاة والسلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبدالله بن عباس رضى الله تعالى عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس وهو التوسد والافتراش ولانه ليس باستعمال كامل بل استعمال على سبيل الامتهان فكان قاصرا عن معنى الاستعمال والتزين فلم يتناوله حكم التحريم من اللبس الذى هو فى الاستعمال اليه فلم يحرم بل كان ذلك تقليلا للبس ونموذجا وترغيبا فى نعيم الاخرة ونظيره انكشاف العورة فى الصلوة فان القليل منه لاتفسد وكذا الكثير فى الزمان القليل كما فى المطلب وغيره (ولابأس بلبس ماسداه) بالفتح اى ماسدى من الثوب بالفارسية تان ونار (ابريسم) بكسر الهمزة وسكون الباء وكسر الراء وفتحها وحركات السين المهملة عربى او معرب (ولحمته) ما داخل بين السدى (وغيره) اى غير الابريسم سواء كان مغلوبا او غالبا او مساويا للحرير كالقطن والكتان والصوف يعنى فى الحرب وغيره لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يلبسون مثل هذا ولان الثوب يصير بالنسج والنسج باللحمة فهى معتبرة لكونها علة قريبة فيضاف الحكم من الحل والحرمة اليها دون السدى فيكون العبرة لما يظهر دون مايخفى وقيل لايلبس الا اذا غلب اللحمة على الحرير والصحيح الاول وهذا بالاجماع (وعكسه) اى مالحمته ابريسم وسداه غيره (لايلبس الا فى الحرب) لا فى غيره وهذا ايضا بالاجماع للضرورة (ويكره لبس خالصه) اى الحرير (فيها) اى فى دار الحرب عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يجوز لما روى انه عليه السلام رخص لبس الحرير والديباج فى الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمضرة السلاح واهيب فى عين العدو لبريقه وله اطلاق النصوص الواردة فى النهى عن لبس الحرير والضرورة اندفعت بالمخلوط الذى لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه وفى المنح وهذا اذا كان الثوب صفيقا يحصل به اتقاء العدو فى الحرب اما اذا كان رقيقا لايحصل منه الاتقاء فان لبسه لايحل بالاجماع لعدم الفائدة اذ لابأس بلبس الفراء كلها من جلود السباع والانعام وغيرها من الميتة المدبوغة والذكية وكذلك الصوف والوبر واللبد لانها عين طاهرة مباحة وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس

(ويجوز للنساء التحلي بالذهب والفضة لا) يجوز (للرجال) اما بالذهب فلما روينا واما بالفضة فلانها في معنى الذهب في التزيين ووقوع التفاخر بها (الا الخاتم) على هيئة خاتم الرجال اما اذا كان له فصان او اكثر فحرام (والمنطقة وحلية السيف من الفضة) لانها مستثناة مما لايجوز للرجال تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد وقد ورد آثار في جواز التختم بالفضة وكان النبي عليه السلام اتخذ خاتما من فضة وكان في يده حتى توفي ثم في يد ابي بكر الى ان توفي ثم في يد عمر الى ان توفي ثم في يد عثمان رضي الله تعالى عنهم الى ان وقع من يده في البئر فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده وقالوا ان قصد بالتختم التجبر فمكروه وفي الاختيار سن ان يكون الخاتم على قدر مثقال او دونه (و) الا (مسمار الذهب في ثقب الفص) لانه تابع كالعلم في الثوب ولا يعد لابسا له (و) الا (كتابة الثوب بذهب او فضة) لانه تبع للثوب ولا حكم له وفيه خلاف ابي يوسف (و) الا (شد السن بالفضة ولايجوز بالذهب) عند الامام (خلافا لهما) وفي الهداية ولا يشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند الامام وقال محمد لابأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما فلهذا قال في التبيين عند الامام وابي يوسف لان المحرم لايباح الا لضرورة وهي تندفع بالفضة وقال محمد يجوز بالذهب ايضا لما روي عن عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره عليه السلام ان يتخذ انفا من ذهب وبه قالت الائمة الثلاثة قلنا الكلام في السن والمروي في الانف ولايلزم من الاغناء في السن الاغناء في الانف الا يرى ان التختم جاز لاجل الختم ثم لما وقع الاستغناء بالادنى لايصار الى الاعلى ولايجوز قياسه على الانف فكذا هنا ويحتمل انه عليه الصلاة والسلام خص عرفجة بذلك كما خص الزبير وعبد الرحمن رضي الله تعالى عنهما بلبس الحرير لاجل الحكة في جسمهما (ولا يتختم بحجر ولا صفر ولا حديد) لما روي ان النبي عليه السلام نهى عن الختم من هذه الانواع (وقيل يباح بالحجر اليشب) لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه كما في الهداية وفي الدرر نقلا عن السرخسي والاصح انه لابأس به كالعقيق فانه عليه السلام كان يتختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك وفي النهاية والصحيح انه لابأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وتمامه فيه فليطالع وفي المنح لان حل العقيق لما ثبت حل سائر الاحجار لعدم الفرق بين حجر وحجر الى آخره يجوز التختم ان كانت الحلقة من الفضة والفص من الحجر سواء كان من عقيق او زبرجد او فيروزج او غيرها لكونه تابعا ولان القوام بها ولا يعتبر بالفص ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف المرأة لانه للزينة في حقها ويلبس خاتمه في اليسرى لا في اليمنى ولا في غير خنصره اليسرى من اصابعه وسوى الفقيه ابو الليث بين اليمين واليسار وهو الحق لاختلاف الروايات (وترك التختم افضل لغير السلطان والقاضي) لعدم احتياجه اليه بخلاف السلطان والقاضي كما في الهداية وفي المنح وظاهر كلامهم انه لاخصوصية لهما بل الحكم في كل ذي حاجة كذلك فلو قيل وترك التختم افضل لغير ذي حاجة اليه ليدخل فيه المباشر ومتولي الاوقاف وغيرهما ممن يحتاج الى الختم لضبط المال كان اعم فائدة كما لايخفى انتهى لكن ذكر الشيء لاينافي جريان الحكم على غير هذا الشيء عند وجود العلة هي الحاجة والضرورة خصوصا في امر الاستحباب تدبر (ويجوز الاكل والشرب من اناء مفضض والجلوس على سرير مفضض بشرط اتقاء موضع الفضة) بان لايكون الفضة في موضع الفم عند الاكل والشرب وقيل يتقي موضع الفم واليد وفي موضع الجلوس عنده هذا عند الامام (ويكره) ذلك (عند ابي يوسف) مطلقا (وعن محمد روايتان) في رواية مع الامام وفي رواية مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا فعل ذلك في السقف والمسجد وحلقة المرأة وجعل المصحف مذهبا او مفضضا كالرجله في نصل سيف

وسكين

وسكين او فى قبضتهما او فى لجام او ركاب ولم يضع يده موضع الذهب والفضة كما فى التنوير وفى الهداية وغيرها وهذا الاختلاف فى يتخلص واما التمويه الذى لا يتخلص فلا بأس بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة لبقائه لونا لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة وللامام ان ذلك تابع ولا تعتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب (ويكره لباس الصبى ذهبا او حريرا) لئلا يعتاده والاثم على الملبس كالخمر فان سقاها الصبى خمرا كشربها وكذا الميتة والدم وفى التنوير لا بأس بلبس الصبى اللؤلؤ وكذا البالغ (ويكره حمل خرقة لمسح العرق او المخاط او) ماء (الوضوء) لانه نوع تجبر لكن الصحيح انها ان كانت لحاجة لا يكره كما فى الهداية وغيرها (والرتم) وهو الخيط الذى يعقد على الاصبع لتذكر الشئ (لا بأس به) لانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان اما شد الخيوط والسلاسل على بعض الاعضاء فانه مكروه لكونه عبثا محضا وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعله لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع فى الجلوس والاتكاء

﴿فصل﴾ فى بيان احكام (النظر ونحوه) كاللمس (ويحرم النظر الى العورة الا عند الضرورة كالطبيب) اى له النظر الى موضع النظر ضرورة فيرخص له احياء لحقوق الناس ودفعا لحاجتهم (والخاتن والخافضة) بالخاء والضاد المعجمة هى التى تختن النساء (والقابلة والحاقن) الذى يعمل الحقنة (ولا يجاوز) كل واحد منهم (قدر الضرورة) فانه يلزم ان يغضوا ابصارهم من غير موضع المرض والختان والحقنة وفى التبيين وينبغى للطبيب ان يعلم امرأة اذا كان المريض امرأة ان امكن لان نظر الجنس اخف وان لم يمكن يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره عن غير ذلك الموضع ما استطاع لان ما يثبت للضرورة يتقدر بقدرها (وينظر الرجل من الرجل الى ما سوى العورة وقد بينت فى الصلاة) ان العورة ما بين السرة الى الركبة والسرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعى والركبة عورة خلافا للشافعى ثم حكم العورة فى الركبة اخف منه فى الفخذ وفى الفخذ اخف منه فى السوءة حتى ينكر عليه فى كشف الركبة برفق وفى الفخذ بعنف وفى السوءة بضرب ان اصر وفى القهستانى والاولى تنكير الرجل لئلا يتوهم ان الثانى عين الاول وكذا الكلام فيما بعد وفيه اشعار بانه لا بأس بالنظر الى الامرد الصبيح الوجه وكذا الخلوة ولذا لم يؤمر بالنقاب كما فى التجنيس انتهى (وتنظر المرأة) المسلمة (من المرأة) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا لان المرأة لا تشتهى المرأة كما لا يشتهى الرجل الرجل ولان الضرورة داعية الى الانكشاف فيما بينهن وعن الامام ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل ذوات محارمه والاول اصح كما فى اكثر المعتبرات (ومن الرجل الى ما ينظر الرجل من الرجل) اى الى ما سوى العورة (ان امنت الشهوة) وذلك لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال فكان لها ان تنظر منه ما ليس بعورة وان كانت فى قلبه شهوة او فى اكبر رأيها انها تشتهى او شكت فى ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الى ما يجوز له النظر منها كالوجه والكف لا ينظر اليه حتما مع الخوف وانما قيدنا بالمسلمة لان الذمية كالرجل الاجنبى فى الاصح الى بدن المسلمة كما فى المجتبى وفى التنوير وكل عضو لا يجوز النظر اليه قبل الانفصال لا يجوز بعده وهو الاصح كشعر رأسها (وينظر الرجل) الى جميع (بدن زوجته وامته التى تحل له) اى للرجل (وطؤها) لقوله عليه الصلاة والسلام غض بصرك الا عن زوجتك وامتك قيل الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لانه يورث النسيان وكذا لا ينظر الرجل عورة نفسه لان الصديق رضى الله تعالى عنه لا ينظر الى عورته ولا يمسها بيمينه قط وقال البعض ان الاولى ان ينظر الى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون ابلغ فى تحصيل معنى اللذة وقيد الامة بكونها تحل له وطؤها لان ما لا تحل وطؤها كامته المشتركة او المنكوحة للغير او المجوسية لا تحل له

النظر الى فرجهـا (و) ينظر (من محارمه) نسبا اورضاعا اومصاهرة بالنكاح وكذا بالسفاح على الاصح كما فى القهستانى ولذا قال فى المنح وغيره والمصاهرة وان كان بزنا (و) من (امة غيره) ولومكاتبة اومدبرة اوام ولد اومعتقة البعض عنده (الى الوجه والرأس والصدر والساق والعضد ان امن شهوته) لقوله تعالى ولايبدين زينتهن الالبعولتهن اذالمراد بالزينة مواضع الزينة بطريق حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه لان الرأس موضع التاج والشعر موضع العقاص والوجه موضع الكحل والعنق موضع القلادة التى تنتهى الى الصدر والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والسـاق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب فحل النظر الى تلك الاعضاء لان المرأة تكون فى بيتها فى ثيـاب مهنتها عادة ولاتكون مستترة ويدخل عليهن بعض المحارم من غيراستيذان فلوحرم النظر الى هذه المواضع يؤدى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ماتشتهى بخلاف ماوراها الا انها لاتنكشف عادة وحكم امة الغير كحكم المحرم لانها تحتاج الى الخروج لحوايج مولاها فى ثياب مهنتها وكان عمر رضى الله تعالى عنه اذارأى جارية متقنعة يضربها بالدرة و يقول الق عنك الخمار يادفار اتتشبهين بالحرائر ولايحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لمحمد بن مقاتل فانه قال ينظر الى ظهرها و بطنهـا (ولابأس بمسه) اى بمس الرجل المواضع التى يحل النظر اليها من محارمه وامة غيره (بشرط من الشهوة فى النظر والمس) لتحقق الحاجة الى ذلك بالاركاب والانزال فى المسافرة والمخالطة وكان عليـه الصلوة والسلام يقبل رأس فاطمة رضى الله تعالى عنها ويقول اجد منهـا ريح الجنة (ولاينظر الرجل الى البطن والظهر والفخذ وان) وصلية (امن) اى عن الشهوة لانها ليست مواضع الزينة وقال الشافعى يجوزله ان ينظر الى ظهر محارمه و بطنها (ولا) ينظر الرجل (الى المرأة الاجنبية الا الى الوجه والكفين ان امن الشهوة) لان ابداء الوجه والكف يلزمها بالضرورة للاخذ والاعطاء ولاينظر الى قدميها لعدم الضرورة فى ابدائهما فى ظاهر الرواية وعن الامام يحل النظر الى قدميها اذ اظهرما فى حال المشى وعن ابى يوسف انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانها قد يبدو منها عادة (والا) اى وان لم يأمن الشهوة (فلايجوز) النظر الى الوجه والكفين لقوله عليه الصلاة والسلام من نظر الى محاسن امرأة بشهوة صب فى عينيه الانك يوم القيمة قالوا ولابأس بالتأمل فى جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب تبين حجمها فيه فلاينظر اليه حينئذ كما فى التبيين (لغير الشاهد عند الاداء) فلايجوز عند التحمل ان ينظر مع عدم امن الشهوة فى الاصح لان وجود من لايشتهى فى التحمل ليس بمعدوم بخلاف من يؤديها وقيل يباح كما فى النظر عند الاداء (والحاكم عند الحكم) وان لم يأمنا لانهما مضطران اليه فى اقامة الشهادة والحكم عليها كما يجوزله النظر الى العورة لاقامة الشهادة على الزنا (ولايجوز مس ذلك) اى الوجه والكفين (وان امن) الشهوة (ان كانت) المرأة (شابة) قال عليه الصلوة والسلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة ولان المس اغلظ من النظر لان الشهوة فيـه اكثر (ويجوز) مسه (ان كانت عجوزا لاتشتهى) لانعدام خوف الفتنة (وهو شيخ يأمن على نفسه وعليها) وان كان لايأمن على نفسه اوعليهـا لايحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة (ويجوز النظر والمس مع خوف الشهوة عند ارادة الشراء) للضرورة وفى الهداية واطلق ايضا فى الجـامع الصغير ولم يفصل بين وجود الشهوة وعدمهـا سواء كان فى النظر اوفى المس حيث قال رجل اراد ان يشترى جارية لابأس بان يمس ساقها وذراعهـا وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين وقال مشايخنـا يباح النظر فى هذه الحالة وان اشتهى للضرورة لايباح المس اذا اشتهى اوكان اكثر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفى الاختيار اذا اراد الرجل الشراء يباح له النظر مع الشهوة دون المس انتهى فعلى هذا

يلزم للمصنف التفصيل (اوالنكاح) فلا بأس ان ينظر اليها مع الشهوة لماروى ان المغيرة اراد ان يتزوج امرأة فقال عليه الصلاة والسلام انظر اليها فانه احرى ان يدوم بينكما (والعبد مع سيدته كالاجنبي) من الرجال حتى لايجوز لها ان تبدي من زينتها الاما يجوز ان تبديه للاجنبي ولايحل له ان ينظر من سيدته الاما يجوز ان ينظر اليه من الاجنبية وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي (والمجبوب والخصي كالفحل) اما المجبوب فانه يسحق فينزل قيل ان جف ماء المجبوب يحل اختلاطه بالنساء في حقه وقيل لايحل في الاصح واما الخصي فلقول عايشة رضي الله تعالى عنها الخصاء مثلة فلايبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المخنث في الردى من الافعال كالفحل الفاسق (ويكره للرجل ان يقبل الرجل) سواء كان فمه او يده اوعضوا منه وكذا تقبيل المرأة فم امرأة اوخدها عند اللقاء والوداع (او يعانقه في ازار بلاقيص) عند الطرفين (وعند ابي يوسف لايكره) لماروى انه عليه السلام عانق جعفر عند قدومه من الحبشة وقبل مابين عينيه ولهما ماروى انس رضي الله تعالى عنه قال قلنا يارسول الله ايعانق بعضنا لبعض قال لا ايصافح بعضنا لبعض قال نعم قالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار اما اذا كان عليهما قيص اوجبة جاز بالاجماع وقال الامام ابو المنصور ان المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة واما على وجه البر والكرامة فجائز عند الكل (ولا بأس بالمصافحة) لانها سنة قديمة متوارثة في السنة والسنة في المصافحة بكلتا يديه ولايجوز للرجل مضاجعة الرجل وان كان كل واحد منهما في جانب من الفراش كما في التنوير (و) لا بأس (تقبيل يد العالم) اوالزاهد اعزازا للدين (اوالسلطان العادل) لعدله ويدغيرهم لتعظيم اسلامه واكرامه كما في القهستاني وقال سفيان الثوري تقبيل يد العالم اوالسلطان العادل سنة وقدم عمر بن عبد العزيز فقام عبد الله بن المبارك فقبل رأسه لكن تقبيل رأس العالم اجود وقال شرف الائمة او طلب من عالم اوزاهد ان يدفع اليه قدمه ليقبله لم يجبه وقيل اجابه لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم يقبلون اطراف النبي صلى الله تعالى عليه وسلم كما في الاختيار وفي التنوير وتقبيل يد نفسه مكروه كتقبيل الارض بين يدي العلماء والسلاطين فانه مكروه والفاعل والراضي آثمان لانه يشبه عبادة الوثن هذا على وجه التحية فلوكان على وجه العبادة يكفر وكذا من سجد له على وجه التحية لايكفر ولكن يصير آثما مرتكبا للكبيرة وفي الظهيرية انه يكفر بالسجدة مطلقا وقال شمس الائمة السرخسي السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وفي الاختيار ومن اكره على ان يسجد للملك الافضل ان لايسجد لانه كفر ولو سجد عند السلطان على وجه التحية لايصير كافرا وفي القهستاني الايماء اى قريب الركوع كالسجود وفي العمادية ويكره الانحناء لانه يشبه فعل المجوسي وفي القهستاني ويكره عند الطرفين لاعند ابي يوسف وفي القنية قيام الجالس في المسجد لمن دخل عليه تعظيما له وكذا القيام لغيره ليس بمكروه لعينه وانما المكروه محبة القيام ممن يقام له فان لم يحب القيام وقاموا له لايكره لهم وكذا لايكره قيام قارئ القرآن لمن يجئ عليه تعظيما له اذا كان ممن يستحق التعظيم وقيل له ان يقوم بين يدي العالم تعظيما له فاما في حق غيره فلا يجوز (ويعزل) المولى ماءه (عن امته) عند الجماع (بلااذنها) اى الامة لانه لاحق لها في الوطئ (لا) يعزل الزوج (عن زوجته الابالاذن) لان لها حقا في الوطئ (ولاتعرض الامة اذا بلغت في ازار واحد) لوجود الاشتهاء والمراد بالازار مايستتر بين السرة الى الركبة لان ظهرها وبطنها عورة فلايجوز كشفهما

﴿فصل﴾ (في) بيان احكام (الاستبراء) وهو طلب البراءة مطلقا وهنا طلب براءة الرحم (من ملك امة) رقبة ويدا (بشراء اوغيره) كهبة ورجوع عنها اوخلع اوصلح اوكتابة اوعتق عبد اوصدقة او وصية اوميراث اوفسخ بيع بعد القبض اودفع بجناية اونحو ذلك (يحرم عليه) اى على المالك (وطؤها و) يحرم (دواعيه) اى دواعي الوطئ كاللمس والقبلة والنظر

الى الفرج لافضائها الى الوطئ اولاحتمال وقوعها فى غير ملكه اذا ظهر الحبل وادعاه البايع هذا رد لمن قال لايحرم الدواعى لان الوطئ انما حرم لئلا يختلط الماء ويشتبه النسب وهذا معدوم فى الدواعى (حتى يستبرئ) المالك (بحيضة فيمن تحيض و بشهر فى غيرها) اى تستبرئ بشهر واحد فى الصغيرة والآيسة والمنقطعة الحيض فان الشهر قائم مقام الحيض فى العدة فكذا فى الاستبراء واذا حاضت فى اثنائه بطل الاستبراء بالايام لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل كالمعتدة بالشهور اذا حاضت وفى الهداية والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا اوطاس الالاتوطؤا الحبالى حتى تضعن حملهن ولاالحبالى حتى يستبرئن بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب احداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل اوتوهمه بماء محترم (وفى) امة (مرتفعة الحيض) لآفة بان صارت ممتدة الطهر وهى ممن تحيض (لابأس) يجب الاستبراء (بثلاثة اشهر) لانها عدة الآيسة والصغيرة ليتبين انها ليست بحامل وفى اكثر المعتبرات لاتقدير فى ظاهر الرواية عند الشيخين (وعند محمد باربعة اشهر وعشرا) لانها مدة فراغ رحم الحرة المتوفى عنها زوجها (وفى رواية عن محمد بنصفها) اى بشهرين وخمسة ايام وفى المنح نقلا عن الكافى والفتوى عليه لان هذه المدة هى صلحت للتعرف عن شغل يوهم بالنكاح فى الاماء فلان يصلح للتعريف عن شغل يتوهم بملك اليمين وهو دونه اولى (وفى) الامة (الحامل) الاستبراء (بوضعها) اى بوضع حملها لمارويناه آنفا (ولو) وصلية (كانت) الامة (بكرا) متصل بقوله يحرم (اومشرية من امرأة اومن مال طفل) بان باع ابوه او وصيه وكذا الحكم اذا اشتراه من مال ولده الصغير كما فى الغاية (اوممن يحرم عليه وطؤها) كالمحرم رضاعا اومصاهرة اونحو ذلك ولكن غير ذى رحم محرم حتى لاتعتق الامة عليه وانما حرمت عليه اقامة لتوهم شغل الرحم مقام تحققه اولوجود السبب وهو الملك واليد اذ الحكم يدار على السبب وعن ابى يوسف اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البايع لم يستبرء وفى الاصلاح فى هذا المحل كلام وفى شرح الوقاية لابن الشيخ جواب ان شئت فليراجعهما (ويستحب الاستبراء للبايع) اى يستحب لمن يريد بيع امته الموطوءة ان يستبرئها بترك الوطئ تجنبا عن احتمال اشتغال رحم ما اراد بيعها بمائه (ولايجب عليه) لان ملك البايع قائم وهو يقتضى جواز وطئها خلافا لمالك (ولاتكفى) فى الاستبراء (حيضة ملكها) المشترى (فيها) اى فى الحيضة يعنى لايعتبر بالحيضة التى اشترى بها فى حال الحيضة لان الواجب عليها الحيضة الكاملة (ولا) تكفى الحيضة (التى) حدثت بعد تملكها بسبب من الاسباب (قبل القبض) اى الامة لانها وجدت قبل علته وهو الملك واليد جميعا فلايعتبر احدهما (او) التى حاضت بها (قبل الاجازة فى بيع الفضولى) اى باعها الفضولى فحاضت قبل الاجازة وان كانت فى يد المشترى كما لايعتبر بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لانتفاء العلة (وكذا الولادة) اى لاتكفى الولادة التى حصلت بعد سبب الملك قبل القبض لانتفاء العلة خلافا لابى يوسف (وتكفى حيضة وجدت) تلك الحيضة (بعد القبض وهى) اى والحال ان الامة (مجوسية فاسلمت) لانها وجدت بعد سببه وحرمة الوطئ المانع وقد زال كما فى حالة الحيض وكذا المكاتبة بان كاتبها بعد الشراء فعجزت فيجب الاستبراء (عند تملك نصيب شريكه) فى الامة المشتركة بينهما لان السبب قدتم فى ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة (لايجب عند عود الامة الابقة ورد المغصوبة والمستأجرة) على صيغة المفعول (وفك المرهونة) لما مر من انعدام السبب هذا ان ابقت فى دار الاسلام ثم رجعت اما ان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه

فكذلك عند الامام وعندهما يجب عليه الاستبراء (ولا تكره الحيلة لاسقاطه) اى الاستبراء (عند ابى يوسف خلافا لمحمد) اذ عنده مكروهة (واخذ بالاول) اى بعدم كراهة الحيلة (ان علم عدم الوطئ من المالك الاول) فى هذا الطهر (و) اخذ (بالثانى) اى بكراهة الحيلة (ان احتمل) الوطئ منه وفى الدرر وبه يفتى (والحيلة) فى اسقاطه (ان لم تكن تحته) اى تحت المشترى (حرة ان يتزوجها) اى الامة التى شراءها من سيدها (ثم يشتريها) بعد تسليمها المولى اليه ذكر هذا القيد فى الخانية ولابد منه كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح بالشراء فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء قيل لايكفى القبض بل يشترط ان يطأ الزوج قبل الشراء لان ملك النكاح لايجمع مع ملك اليمين فلا توجد الامة عند الشراء منكوحة ولامعتدة فيجب الاستبراء لتحقق سببه وهو استحداث حل الوطئ بملك اليمين اما اذا وطأها تصير معتدة فلا يجب الاستبراء (وان كانت تحته حرة فان يزوجها البايع) الى شخص من يثق به (قبل البيع او) يزوجها (المشترى) بشرط ان يكون امرها بيدها (بعد البيع) اى بيع البايع منه (قبل القبض ثم يطلق الزوج) قبل الدخول (بعد الشراء و القبض) ان كان التزويج من البايع قبل البيع (او بعد القبض) ان كان التزويج من المشترى بعد البيع قبل القبض يعنى الحيلة ان ينكحها البايع قبل شراء المشترى رجلا عليه اعتماد ان يطلقها ثم يشترى المشترى ثم يطلق الزوج فانه لا يجب الاستبراء لانه اشترى منكوحة الغير ولا يحل وطؤها فلا استبراء فاذا طلقها الزوج قبل الدخول حل على المشترى وحينئذ لم يوجد حدوث الملك فلا استبراء او ينكحها المشترى قبل القبض ذلك الرجل ثم يقبضها ثم يطلقها الزوج فان الاستبراء يجب بعد القبض وحينئذ لايحل الوطئ فاذا حل بعد طلاق الزوج لم يوجد حدث الملك (ومن ملك امتين لاتجتمعان) والجملة صفة امتين كما فى الفرائد لكن فى القهستانى والجملة حال لاصفة بحذف اللتين فانه مما اختلف فيه ولم يجوزه البصرية (نكاحا) كاختين او بنت وامها نسبا اورضاعا (فله) اى للمالك (وطؤ احديهما فقط) لاوطؤهما (ودواعيه) اى دواعى وطئ تلك الواحدة فقط دون وطئ الاخرى ودواعيه كالتقبيل بشهوة والمس بها (فان وطئهما اوفعل بهما شيئا من الدواعى حرم عليه وطؤ كل منهما ودواعيه حتى يحرم احديهما بتمليك او نكاح صحيح لاخر اوعتق)

﴿ فصل ﴾

فى البيع (ويكره بيع العذرة) وهى رجيع الادمى (خالصة) لان العادة لم تجر بالانتفاع بها وانما ينتفع بها برماد اوتراب غالب عليها بالالقاء فى الارض فحينئذ يجوز بيعها وعن هذا قال (وجاز بيعها (او مخلوطة) برماد اوتراب (فى الصحيح) وفى التبيين والصحيح عن الامام ان الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز (وجاز بيع السرقين) مطلقا فى الصحيح عندنا لكونه ما لا منتفعا به لتقوية الارض فى الانبات وعند الائمة الثلاثة لايجوز بيع السرقين كالعذرة مطلقا لانها من الانجاس (والانتفاع) من العذرة الخالصة والمخلوطة والسرقين (كالبيع) فى الحكم فما كان بيعه غير جائز يكون الانتفاع به غير جائز وماكان بيعه جائزا يكون الانتفاع به جائزا (ومن رأى جارية) رجل (مع آخر يبيعها) قائلا (وكلنى صاحبها) اى صاحب الجارية ببيعها (او اشتريتها) اى الجارية (منه) اى من صاحبها (او وهبها لى) صاحبها (او تصدق) صاحبها (بها) اى بالجارية (على) ووقع فى قلبه) اى فى قلب الرائى (صدقه) اى صدق البايع القائل بهذه الكلمات (حل له) اى للرائى (شراؤها) اى الجارية (منه) اى من البايع القائل (و) حل له (وطؤها) ايضا بعد الشراء لانه اخبر بخبر صحيح لامنازع له وقول الواحد فى المعاملات مقبول على اى وصف كان المخبر وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة وان كان اكبر رأيه انه كاذب لايسع له ان يتعرض لشئ

من ذلك كما فى الهداية (ويجوز بيع بناء مكة) لكونه ملك من بناها وهذا بالاجماع الا يرى ان من بنى على ارض الوقف جاز بيعه فهذا كذلك (ويكره بيع ارضها) اى ارض مكة (واجارتها) عند الامام لما روى ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم قال مكة حرام لاتباع رباعها ولاتوجر بيوتها ولان الحرم وقف الخليل على نبينا عليه الصلاة والسلام ولقوله عليه الصلاة والسلام من اكل اجور ارض مكة فكانما اكل الربوا (خلافا لهما) لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعى بها فصار كالبناء وقوله عليه الصلاة والسلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان اراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس ببيع اراضيها والدور التى فيها من غير نكير وهو من اقوى الحجج وبه قال الشافعى (وقولهما رواية عن الامام) وفى شرح الكنز للعينى وبه يفتى (ويكره الاحتكار فى اقوات الادميين) كالبر ونحوه (والبهايم) كالشعير والتبن (فى بلد يضر باهله) لانه تعلق به حق العامة قيد بقوله يضر باهله لانه لو كان المصر كبيرا لايضر باهله فليس بمحتكر لانه حبس ملكه ولاضرر فيه لغيره (وعند ابى يوسف لايختص بالاقوات بل يكره الاحتكار (فى كل مايضر احتكاره بالعامة ولو) وصلية (كان ذهبا او فضة اوثوبا) اونحو ذلك لانه اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر فى الكراهة وعند محمد لا احتكار فى الثياب واختلفوا فى مدة حبس القوة المكروه قيل هى اربعون يوما لقوله عليه الصلاة والسلام من احتكر اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل شهر لان مادونه قليل عاجل كامر هذا فى حق المعاقبة فى الدنيا لكن الاثم يلزم فى مدة قليلة لكون التجارة غير محمود فى الطعام (واذا رفع الى الحاكم حال المحتكر امره) اى القاضى المحتكر (ببيع مايفضل عن حاجته) اى عن قوته وقوت عياله ودوابه (فان امتنع) المحتكر عن البيع حبسه القاضى وعزره و(باع عليه) وقيل لايبيع عند الامام وعندهما يبيع وقيل يبيعه بالاجماع وهو الصحيح كما فى المنح وغيره فلهذا اتى بصورة الاتفاق (ولا احتكار فى غلة ضيعته) لانه خالص حقه (ولافيما جلبه من بلد آخر) عند الامام لعدم تعلق حق اهل بلد بطعام بلد آخر (وعند ابى يوسف يكره) ان يحبس ماجلبه من بلد آخر لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام من احتكر فهو خاطئ (وكذا) يكره (عند محمد ان كان يجلب منه الى المصر عادة) فهو بمنزلة فناء المصر لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة (وهو) اى قول محمد (المختار) هذا لم يوجد فى الكتب التى اخذ المصنف مسائل كتابه منها كما فى الفرائد (ويجوز بيع العصير) اى عصير العنب (ممن) يعلم انه (يتخذه خمرا) لان المعصية لا تقوم بنفس العصير بل بعد تغييره فصار عند العقد كسائر الاشربة من عسل ونحوه بخلاف بيع السلاح من اهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه (ولو باع مسلم خمرا واوفى دينه من ثمنها كره لرب الدين اخذه) يعنى كان لمسلم دين على مسلم فباع الذى عليه دين خمرا واخذ ثمنها وقضى به الدين لايحل للداين ان يأخذ ثمن الخمر بدينه (وان كان المديون ذميا لايكره) والفرق ان البيع فى الوجه الاول باطل لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل اخذه وفى الوجه الثانى ان البيع صحيح لانه مال متقوم فى حق الكافر فيملكه البائع فيحل الاخذ منه (ويكره التسعير) لقوله عليه الصلاة والسلام لاتسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فلا ينبغى له ان يتعرض حقه (الا اذا تعدى ارباب الطعام فى القيمة تعديا فاحشا) كالضعف وعجز الحاكم عن صيانة حقوقهم الا بالتسعير (فلا بأس حينئذ به) اى بالتسعير (بمشورة اهل الخبرة) اى اهل الرأى والبصر لان فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع فان باع اكثر مما سعره اجازه القاضى قيل

اذا خاف البائع ان يضربه الحاكم ان نقص من سعره لايحل ما باعه لكونه في معنى المكره فالحيلة فيه ان يقول له المشتري بعني ما تحبه فحينئذ باي شئ باع يحل كما في الاختيار وغيره لكن في الهداية وغيرها ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وان لم يوجد الرضى في التقدير فالمشتري اذا وجد المبيع ناقصا منه له ان يرجع على البائع بالنقصان لان المقدر المعروف كالمشروط (ويجوز شراء ما لابد للطفل منه) مثل النفقة والكسوة (وبيعه) اي بيع ما لابد للطفل من بيعه (لاخيه وعمه وامه وملتقطه ان هو) اي الطفل (في حجرهم) وقال الشافعي ومالك لايجوز شراؤهم وبيعهم له الا بامر الحاكم (وتوجره) اي الطفل (امه فقط) اذا كان (في حجرها) لانها تملك اتلاف منافعها بغير عوض بان تستخدمه فتملك اتلافها بعوض هو الاجارة بالاولوية دون الاخ والعم والملتقط فانهم لايملكون اتلاف منافعه ولو في حجرهم هذه رواية الجامع الصغير وفي رواية القدوري يجوز ان يوجره الملتقط ويسلمه في صناعة فجعله من النوع الاول وهذا اقرب لان فيه ضرورة ونفعا محضا للصغير واما الاب والجد ووصيهما فانهم يملكون التصرف بحكم الولاية ولهذا لايشترط ان يكون في ايديهم وحجرهم

﴿فصل في المتفرقات﴾

(تجوز المسابقة بالسهام والخيل والحمير والبغال والابل والاقدام) لقوله عليه الصلاة والسلام لاسبق الا في خف او نصل او حافر والمراد بالخف الابل وبالنصل الرمي وبالحافر الفرس والبغل وفي الحديث سابق رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وابو بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما فسبق رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ولانه يحتاج اليه في الجهاد للكر والفر وكل ما هو من اسباب الجهاد فتعلمه مندوب اليه سعيا في اقامة هذه الفريضة وعن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم لاتحضر الملائكة شيئا من الملاهي سوى النضال والرهان (فان شرط فيها) اي في المسابقة (جعل من احد الجانبين) مثل ان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني اعطيك كذا وان سبقتك لا آخذ منك شيئا (او) شرط فيها جعل (من ثالث لاسبقهما) مثل ان يقول ثالث للمسابقين ايكما سبق له على كذا (جاز) لانه تحريض على آلة الحرب والجهاد لقوله عليه الصلاة والسلام المؤمنون عند شروطهم وفي القياس لايجوز لانه تعليق المال بالخطر وعند الائمة الثلاثة لايجوز في الاقدام (وان) شرط (من كلا الجانبين يحرم) بان يقول ان سبق فرسك اعطيتك كذا وان سبق فرسي فاعطني كذا لانه يصير قمارا والقمار حرام (الا ان يكون بينهما) فرس (محلل كفؤ لهما) اي لفرسيهما يتوهم انه يسبقهما (ان سبقهما اخذ) الجعل (منهما وان سبقاه لايعطيهما) شيئا او بالعكس يعني شرط انهما لو سبقاه يعطيهما ولو سبقهما لاياخذ شيئا منهما كما في التسهيل (وفي اينهما ايهما سبق اخذ) المال المشروط (من الاخر) لان بالمحلل خرج من ان يكون قمارا فيجوز وان لم يكن الفرس المحلل مثلهما لم يجز لانه لافائدة في ادخاله بينهما فلم يخرج حينئذ من ان يكون قمارا (وعلى هذا لو اختلف) عالمان (اثنان في مسألة واراد الرجوع الى شيخ) فاضل (وجعلا على ذلك جعلا) قال في المنح او وقع الاختلاف بين اثنين وشرط احدهما لصاحبه انه ان كان الجواب كما قلت اعطيتك كذا وان كان كما قلت لا آخذ منك شيئا فهذا جائز لانه لما جاز في الافراس لمعنى يرجع الى الجهاد يجوز هنا الحث على الجهاد في طلب العلم لان الدين يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد (ووليمة العروس سنة) قديمة وفيها مثوبة عظيمة (ومن دعي) اليها (فليجب وان لم يجب اثم) لقوله عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله فان كان صائما اجاب ودعا وان لم يكن صائما اكل ودعا وان لم ياكل اثم وجفى كما في الاختيار (ولا يرفع منها) اي من الوليمة (شيئا ولا يعطي سائلا الا باذن صاحبها) لان الاذن في الاكل دون الرفع والاعطاء (وان علم المدعو ان فيها لهوا لايجيب) سواء كان ممن يقتدى به اولا لانه لايلزمه اجابة الدعوة اذا كان هنالك منكر قال علي رضي الله تعالى عنه صنعت طعاما فدعوت رسول الله صلى الله

تعالى عليه فرأى في البيت تصاوير فرجع بخلاف ما هجم عليه لانه قد لزمه (وان لم يعلم) ان ثمة (لهوا حتى حضر فان قدر على المنع فعل) المنع لانه نهى عن منكر (والا) اى وان لم يقدر عليه (فان كان مقتدى به او كان اللهو على المائدة فلا يقعد) لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين وقال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين (والا) اى وان لم يكن مقتدى به ولم يكن اللهو على المائدة (فلا بأس بالقعود) والصبر فصار كتشييع الجنازة اذا كان معها نياحة حيث لا يترك التشييع والصلوة عليها لما عندها من النياحة كذا هنا (وقال الامام ابتليت به) اى باللهو (مرة فصبرت وهو) اى قول الامام (محمول على ما قبل ان يصير مقتدى) اذ قد عرفت انه لا رخصة للمقتدى (ودل قوله ابتليت على حرمة كل الملاهى) حتى التغنى بضرب القضيب (لان الابتلاء انما يكون بالمحرم) قيل ان الابتلاء لا ينفك عن الشر ولو في المال فلا يرد ما قال في الاصلاح من انه وفيه نظر لان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه الصلاة والسلام من ابتلى بالقضاء الحديث انتهى لان الابتلاء يستعمل فيما يوجد فيه الشر كما هنا وفيما يفضى اليه غالبا كما في القضاء ولذا قالوا هنا دل هذا على حرمة كل الملاهى ولم يقولوا دل على حرمة كل ما يطلق عليه كما في شرح الوقاية لابن الشيخ قيل الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز يقال الظاهر انه يجلس معرضا عن اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام (والكلام منه) اى بعضه (ما يوجر به كالتسبيح ونحوه) كالتحميد والتكبير والتهليل والصلوة على النبي صلى الله تعالى عليه وسلم والاحاديث النبوية وعلم الفقه قال الله تعالى والذاكرين الله كثيرا والذاكرات الاية (وقد يأثم به) اى بالتسبيح (ونحوه اذا فعله في مجلس الفسق وهو يعلم) لما فيه من الاستهزاء والمخالفة لموجبه (وان قصد به) اى بنحو التسبيح (فيه) اى في مجلس الفسق (الاعتبار) والاتعاظ (والانكار) لافعال الفاسقين وان يشتغلوا عما هم فيه من الفسق (فحسن) وكذا من سبح في السوق بنية ان الناس غافلون فلعلهم تنبهوا للاخرة فهو افضل من تسبيحه في غير المجامع قال عليه الصلاة والسلام ذاكر الله في الغافلين كالمجاهد في سبيل الله كما في الاختيار (ويكره فعله للتاجر عند فتح متاعه) بان يقول عند فتح المتاع لا اله الا الله او سبحان الله او يصلى على محمد عليه الصلاة والسلام فانه يأثم لانه يكون لامر الدنيا بخلاف الغازى او العالم اذا كبر او هلل عند المبارزة وفي مجلس العلم لانه يقصد به التعظيم والتفخيم واظهار شعائر الدين (و) يكره (الترجيع بقراءة القرأن و) كذا يكره (الاستماع اليه) لانه تشبيه بفعل الفسقة حال فسقهم وهو التغنى ولم يكن هذا في الابتداء ولهذا كره في الاذان (وقيل لا بأس به) لقوله عليه الصلاة والسلام زينوا القرأن باصواتكم (وعن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم انه كره رفع الصوت عند قراءة القرأن والجنازة) وفي البزازية يكره رفع الصوت بالذكر ويذكر في نفسه وفيه جاء سبحان من قهر عباده بالموت وتفرد بالبقاء سبحان الحى الذى لا يموت (والزحف) اى الحرب (والتذكير) اى الوعظ (فما ظنك به) اى برفع الصوت (عند استماع (الغناء) المحرم (الذى يسمونه وجدا) والظاهر ان الموصول مع صلته صفة لقوله الغناء لكن في تسميتهم الغناء وجدا بحث تدبر وفي التسهيل في الوجد مراتب وبعضه يسلب الاختيار فلا وجه للانكار بلا تفصيل انتهى وفي القنية ولا بأس باجتماعهم على قراءة الاخلاص جهرا عند ختم القرأن ولو قرأ واحد واستمع الباقون فهو اولى (وكره الامام القراءة عند القبر) لان اهل القبر جيفة وكذا يكره القعود على القبر لانه اهانة (وجوزها) اى القراءة عند القبر (محمد وبه) اى بقول محمد (اخذ) للفتوى لما فيه من النفع ولورود الاثار بقراءة آية الكرسى وسورة الاخلاص والفاتحة وغير ذلك عند القبور ومذهب اهل السنة والجماعة ان للانسان ان يجعل ثواب عمله لغيره ويدعوه

وقد مر في الحج ويؤيده ما قال في كتابه المسمى بالحج من انه اخبرنا سفيان الثوري قال حدثنا عمران بن ابي عطاء قال شهدت محمد بن حنفية صلى على ابن عباس رضي الله تعالى عنهما فكبر عليه اربعا وادخله من قبل القبلة وضرب عليه فسطاطا ثلثة ايام انتهى وظاهر ان ضرب الفسطاط ليس الا لاجل القراءة لا غير وفي التنوير تطيين القبور لا يكره في المختار وفي القهستاني ويستحب زيارة القبور فيقوم بحذاء الوجه قريبا وبعدا كما في الحيوة فيقول عليكم السلام ويدعوه مستقبل القبلة وقيل الدعاء قائما اولى وقال السرخسي لا بأس بالزيارة للنساء على الاصح (ومنه) اي ومن بعض الكلام (ما لا اجر فيه ولا وزر نحو قم واقعد) ونحوهما لانه ليس بعبادة ولا معصية (وقيل لا يكتب عليه) ولاله لانه لا اجر عليه ولا عقاب وعن محمد ما يدل عليه وعن ابن عباس انه قال ان الملائكة لا تكتب الا ما كان فيه اجر او وزر وقيل تكتب ثم تمحى ما لا جزاء فيه ويبقى ما فيه جزاء ثم قيل تمحى في كل يوم الاثنين والخميس وفيهما تعرض الاعمال والاكثرون على انها تمحى يوم القيمة كما في الاختيار (ومنه) اي بعضه (ما يأثم به كالكذب والغيبة والنميمة والشتيمة) لان كل ذلك معصية حرام بالنقل والعقل وكذا التملق فوق السادة لان التملق مذموم بخلاف التواضع لانه محمود وفي التنوير ويكره الكلام في المسجد وخلف الجنازة وفي الخلاء وحالة الجماع (والكذب حرام الا في الحرب للخدعة وفي الصلح بين اثنين وفي ارضاء الاهل وفي دفع الظالم عن الظلم) لانا امرنا بهما فلا يبالي فيه الكذب اذا كانت نيته خالصة (ويكره التعريض به) اي بالكذب (الا لحاجة) كقولك لرجل كل فيقول اكلت يعني امس فلا بأس به لانه صادق في قصده وقيل يكره لانه كذب في الظاهر (ولا غيبة لظالم) يؤذي الناس بقوله وفعله قال عليه الصلاة والسلام اذكروا الفاجر بما فيه لكي يحذره الناس (ولا اثم في السعي به) اي بالظالم الى السلطان ليزجره لانه من باب النهي عن المنكر ومنع الظلم (ولا غيبة الا لمعلوم فاغتياب اهل قرية ليس بغيبة) لانه لا يريد به جميع اهل القرية وكان المراد هو البعض وهو مجهول فصار كالقذف وفي التنوير وكما تكون الغيبة باللسان تكون الغيبة بغمز العين والاشارة باليد وكذا الرمز والكتبة والحركة وكل ما يفهم منه المقصود فهو داخل في الغيبة وهو حرام وفي الدرر رجل يذكر مساوي اخيه المسلم على وجه الاهتمام لا يكون غيبة انما الغيبة ان يذكر على وجه الغضبة يريد السب (ويحرم اللعب بالنرد او الشطرنج) وقدمر تفصيلهما في الشهادة (والاربعة عشر) وهو لعب يستعمله اليهود (وكل لهو) لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب ابن آدم حرام الحديث وفي البزازية استماع صوت الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر اي بالنعمة (ويكره استخدام الخصيان) بكسر الخاء والمعجمة وسكون الصاد جمع خصي على وزن فعيل لان فيه تحريض الناس على الخصاء الذي هو مثلة وقد نهي عنها (و) يكره (وصل الشعر بشعر آدمي) سواء كان شعرها او شعر غيرها لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث (و) يكره (قوله في الدعاء اسئلك بمقعد العز من عرشك) بتقديم العين او بتقديم القاف عند الطرفين لان الكراهة في القول الثاني ظاهرة لاستحالة القعود وكذا في الاول لانه يوهم تعلق عزه بالعرش المحدث والله تعالى بجميع صفاته قديم (خلافا لابي يوسف) فانه يجوز الاول عنده لدعاء مأثور وهو اللهم اني اسئلك بمقعد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة وبه اخذ ابو الليث والائمة الثلاثة وقيل وجه الجواز جواز جعل العز صفة للعرش العظيم كما وصف بالمجد والكرم (و) يكره (قوله اسئلك بحق انبيائك ورسلك) او بحق البيت او بحق المشعر الحرام اذ لا حق لاحد على الله تعالى وانما يختص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه (واستماع الملاهي حرام) والمناسب ان يذكر بعد قوله وكل لهو (و) يكره (تعشير المصحف) والتعشير ان يجعل

على كل عشر آيات من القرآن العظيم علامة (ونقطه) بفتح النون اى نقط المصحف وهو اظهار اعرابه لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه جردوا المصاحف (الا للعجم) الذى لا يحفظ القرآن ولا يقدر على القراءة الا بالنقط (فانه) اى النقط (حسن) خصوصا فى هذا الزمان فالمروى مخصوص بزمانهم لانهم كانوا يتلقونه عن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم كما انزل وكانت القراءة سهلا عليهم لكونهم اهلا فيرون النقط مخلا لحفظ الاعراب والتعشير مخلا لحفظ الآى ولا كذلك العجمى وعلى هذا لا بأس بكتب اسامى السور وعدد الآى فهو وان محدثا فمستحسن وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان (ولا بأس بتحليته) اى المصحف لما فيها من تعظيمه كما فى نقش المسجد وتزيينه وفى القنية فينبغى لمن اراد كتابة القرآن ان يكتبه باحسن خط وابينه على احسن ورقة وابيض قرطاس بافخم قلم وابرق مداد ويفرج السطور ويفخم الحروف ويضخم المصحف وعن الامام انه يكره ان يصغر المصحف وان يكتب بقلم دقيق وكذا لا بأس بقبلة المصحف لان ابن عمر رضى الله تعالى عنهما كان يأخذ المصحف كل غداة ويقبله ويقول عهد ربى ومنشور ربى عز وجل كما فى القنية (ولا بأس بدخول الذمى المسجد الحرام) وقال مالك يكره ذلك فى كل مسجد وقال الشافعى واحمد يكره فى المسجد الحرام (ولا بأس بعيادته) اى بعيادة الذمى اذا مرض بالاجماع لان فيه اظهار محاسن الاسلام وكذا عيادة فاسق فى الاصح وفى التنوير ويسلم على اهل الذمة ولا يزيده على قوله وعليك ان يرد عليه (ويجوز اخصاء البهائم) منفعة للناس لان لحم الخصى طيب قيل الصواب خصاء البهائم اذ يقال خصاه النازع خصيته (و) يجوز (انزاء الحمير على الخيل) اذ لو كان هذا الفعل حراما لما ركب صلى الله تعالى عليه وسلم البغلة لما فيه من فتح بابه (و) تجوز (الحقنة للرجال والنساء) للتداوى بالاجماع او لاجل الهزال اذا فحش يفضى الى السل ولا جناح اذا كان يعتقد ان الشافى هو الله تعالى دون الدواء (لا) تجوز الحقنة (بمحرم كالخمر ونحوها) قيل يجوز التداوى بالمحرم كالخمر والبول ان اخبره طبيب مسلم ان فيه شفاء والحرمة ترتفع بالضرورة فلم يكن متداويا بالحرام فلم يتناوله حديث النهى كما فى حاشية اخى لكن فيه كلام كما لا يخفى تأمل (ولا بأس برزق القاضى) من بيت المال (كفاية) يعنى يعطى منه ما يكفيه واهله فى كل زمان سواء كان غنيا فى الاصح او فقيرا (بلا شرط) اذ لو شرط يكون استيجارا باجر على افضل طاعة وذا لا يجوز هذا اذا كان بيت المال حلالا جمع بحق وان كان حراما جمع من باطل لم يحل اخذه وقد مر تفصيله فى القضاء (ولا بأس بسفر الامة وام الولد بلا محرم) لان الاجنبى فى الامة بمنزلة المحارم فى النظر والمس عند الاركاب وكذا ام الولد لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة ومعتق البعض عند الامام والفتوى على انه يكره فى زماننا لغلبة اهل الفساد (والخلوة بها) اى ولا بأس بالخلوة بالامة (قيل تباح) اعتبارا بالمحارم (وقيل لا) تباح لعدم الضرورة (ويكره جعل الراية) اى جعل الطوق الحديد الثقيل المانع من تحريك الرأس (فى عنق عبده) لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وفى النهاية لا بأس فى زماننا لغلبة التمرد والفرار (لا) يكره (تقييده) احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين فى الفساق (ويكره ان يقرض بقالا درهما ليأخذ منه) اى من البقال (به) اى بالدرهم (ما يحتاج) من الطعام وغيره (الى ان يستغرقه) اى الدرهم فانه قرض جر نفعا وهو منهى عنه وينبغى ان يودعه اياه ثم يأخذ منه شيئا فشيئا وان ضاع فلا شئ عليه لان الوديعة امانة (والسنة تقليم الاظافير) وفى الدرر رجل وقت لقلم اظافيره وحلق رأسه يوم الجمعة قالوا ان كان يرى جواز ذلك فى غير يوم الجمعة واخره الى يومها تأخيرا فاحشا كان مكروها لان من كان ظفره طويلا يكون رزقه ضيقا وان لم يجاوز الحد واخره تبركا بالاخبار فهو مستحب لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال من قلم اظافيره يوم الجمعة اعاذه الله تعالى من البلايا الى الجمعة الاخرى وزيادة ثلاثة ايام وينبغى

ان يدفنه وان القاه فلا بأس به و يكره القاؤه فى الكنيف والمغتسل (و) السنة (نتف الابط وحلق العانة والشارب) وفى القنية و يستحب حلق عانته وتنظيف بدنه بالاغتسال فى كل اسبوع مرة فان لم يفعل ففى خمسة عشر يوما مرة ولاعذر فى تركه ماوراء الاربعين (وقصه) اى الشارب (حسن) وفى حق الغازى فى دار الحرب ان توفير شاربه مندوب اليه (ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء اذا اتزر) الداخل فيه (وغض بصره ويستحب اتخاذ الاوعية لنقل الماء الى البيوت) لحاجة الوضوء والشرب للنساء لانهن نهين عن الخروج فيلزم كسائر حاجاتها (وكونها) اى الاوعية (من الخزف افضل) وفى الحديث من اتخذ اوانى بيته خزفا زارته الملائكة و يجوز اتخاذها من نحاس اورصاص اوشبه اوادم (ولا بأس بستر حيطان البيت باللبود) جمع اللبد (للبرد) لان فيه منفعة (و يكره للزينة وكذا ارخاء الستر على البيت) يعنى لا يكره اذا كان لدفع البرد و يكره ان للتكبر (واذا ادى الفرائض) من النفقة والكسوة وغيرهما (واحب ان يتنعم بمنظر حسن وجوار جميلة فلا بأس به) لان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم تسرى مارية ام ابراهيم مع ما كان عنده من الحرائر والاصل فيه قوله تعالى قل من حرم زينة الله التى اخرج لعباده (والقناعة بادنى الكفاية وصرف الباقى الى ماينفع فى الاخرة اولى) لان ماعندالله خير وابقى

﴿ كتاب احياء الموات ﴾

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث ان مسائل هذا الكتاب مايكره ومالا يكره ومن محاسنه التسبب فى الخصب فى اقوات الانام ومشروعيته بقوله عليه الصلاة والسلام من احيى ارضا ميتة فهى له وشروطه سيذكر فى اثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر وحكمه تملك المحيى مااحياه كما فى العناية الموات لغة حيوان مات وسمى به ارض لامالك لها ولا ينتفع بها بالموت تشبيها بالحيوان اذامات و بطل الانتفاع به فالمراد من الاحياء عرفا التصرف والانتفاع بان يبنى فيها بناء او يزرع فيها زرعا او يغرس فيها شجرا اونحو ذلك وشرطها (هى) اى الموات بفتح الميم وضمها على وزن فعال من الموت (ارض لاينتفع بها) اى بالارض لانقطاع مائها اصلا اوعارضا بحيث لايرجى عوده اولغلبة الماء عليها اونحوهما مما يمنع الانتفاع مثل غلبة الرمل والحجر والشوك ومثل ان يكون الارض مالحة اوغيرها (عادية) اى قديمة غير مملوكة لاحد من زمان بعيد ولذا نسبت الى عاد (اومملوكة فى الاسلام) لكن (ليس لها) اليوم (مالك معين مسلم اوذمى) سواء كان فيها اثار العمارة اولا فان حكمها كالموات حيث يتصرف فيها الامام كما يتصرف فى الموات لكن لوظهر لها مالك يردعليه ويضمن نقصانها ان نقصت بالزراعة والا فلا وعند محمد لايحيى ماله آثار العمارة ولايؤخذ منه التراب كالقصور الخربة كما فى القهستانى قيد بما ليس لها بمالك لانها اذاكانت مملوكة لمسلم اوذمى لم يكن مواتا وان مضت عليه القرون وصارت خربة وفى الذخيرة ان الاراضى التى انقرض اهلها كالموات وقيل كاللقطة (وعند محمد ان ملكت فى الاسلام لاتكون مواتا) علم لها مالك معين اولا بل تكون لجماعة المسلمين (و يشترط عند ابى يوسف كونها) اى الارض (بعيدة عن العامر) اى البلد والقرية فان العامر بمعنى المعمور لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لاينقطع احتياج اهلها اليه كرعى مواشيهم وطرح حصائدهم فلا يكون مواتا وحد البعيد ان يكون فى مكان بحيث (لوصيح من اقصاه) اى لووقف انسان فى اقصى العامر فصاح باعلى صوته (لايسمع فيها) فانه موات وان كان يسمع فليس بموات وفى رواية عنه ان البعيد قدر غلوة كما فى الذخيرة (وعند محمد) يشترط (ان لاينتفع بها) اى بالارض (اهل العامر) من حيث الاحتطاب اوالاحتشاش الى غير ذلك (واو) وصلية (قريبة منه) اى من العامر حتى لايجوز احياء ماينتفع به اهل القرية وان كان بعيدا و يجوز احياء مالا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر و به قالت الائمة الثلاثة وشمس الائمة

اعتمد قول ابى يوسف كما فى التبيين و فى القهستانى و بقول محمد يفتى كما فى زكوة الكبرى وهو ظاهر الرواية كما فى شرح الطحاوى والمفهوم من كلام صاحب التسهيل ان قول الامام كقول ابى يوسف فى اشتراطه البعد حيث قال اعتبر محمد عدم الارتفاق لا البعد خلافا لهما (من احياها) اى الموات (باذن الامام) اونائبه (واو) وصلية (ذميا ملكها) اى ملك المحيى الموات (و بلا اذنه) اى بلا اذن الامام او نائبه (لا) يملكها عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يملكها بدون الاذن لانها كانت مباحة ويده سبقت اليها بالخصوص فيملكها كما فى الحطب والصيد وبه قالت الائمة الثلاثة الا عند مالك لو تشاحا اهل العامر يعتبر الاذن والا لا وللامام ان الارض مفتوحة لاستيلاء المسلمين عليها فلم يكن لاحد ان يختص بدون اذن الامام كسائر المغانم وفى القهستانى وان كان مستأمنا فلا يملكها اصلا بالاتفاق وفى التبيين ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثانى احق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان الاول احق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلا يخرج عن ملكه بالترك ولو احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب تعين طريق الاول فى الارض الرابعة من المروى عن محمد لانه لما احيى الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراد ويملك الذمى بالاحياء كالمسلم لانهما لا يختلفان فى سبب الملك انتهى (ولا يجوز احياء ماقرب من العامر بل يترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم) لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا اوتقديرا فصار كالنهر والطريق وعلى هذا قالوا ليس للامام ان يقطع به مالا غناء للمسلمين عنه كالملح والآبار التى يستقى منها الماء كما فى التبيين لكن بين هذا وبين مانقل آنفا عنه وهو قوله ويجوز احياء مالا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر وقول المصنف وعند محمد ان لا ينتفع بها اهل العامر ولو قريبة منه مخالفة لان مقتضاهما ان لا يجوز احياء ماقرب من العامر على تقدير عدم انتفاعهم بها تدبر (ولا) يجوز احياء (ما) اى محل (عدل) اى رجع (عنه ماء الفرات ونحوها) كدجلة والشاط وغيرهما (واحتمل عوده اليه) لحاجة العامة الى كونه نهرا (فان) الظاهر بالواو (لم يحتمل) عوده الى مكانه و لم يكن على قول ابى يوسف حريما لعامر (جاز) احياؤه لكونه ملحقا بالموات (ومن حجر ارضا ثلاث سنين ولم يعمرها) اى الارض (اخذت) الارض (منه) اى من المحجر (ودفعت الى غيره) اى غير المحجر لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء فى الصحيح لان الاحياء جعلها صالحة للزراعة والتحجير الاعلام بوضع الاحجار حولها انه قصد احياءها لكونه من الحجر من الحركة وقيل اشتقاقه من الحجر بالسكون هو المنع لان من اعلم فى قطعة ارض من الموات علامة بوضع الاحجار او الشوك فى اطرافها او باحراق مافيها من الشوك وغيره فكانه يمنع الغير فسمى فعله تحجيرا ولا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو اولى بها وانما قدر بثلاث سنين لقول عمر رضى الله تعالى عنه ليس للمتحجر بعد ثلاث سنين حق وهذا من طريق الديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضى هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول ونظيره الاستيام وحفر المعدن وان حفر بها بئرا فهو تحجير وليس باحياء وكذا اذا جعل الشوك حولها او وكربها او ضرب عليها المسناة او شق لها انهارا فهو احياء كما فى التبيين (ومن حفر بئرا فى ارض موات فله حريمها ان) حفرها (باذن الامام) عند الامام لانه احياء بالاذن عنده والا لا (وكذا) له حريمها (ان) حفرها (بغير اذنه عندهما) لان حفر البئر احياء عندهما سواء بالاذن او بغير الاذن (وحريم) بئر (العطن) التى ينزع الماء منها باليد وينخ الابل حولها للشرب (اربعون ذراعا) من كل جانب لقوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا فله حولها اربعون ذراعا (من كل جانب) عطنا لماشيته

ولان الحافر لايتمكن من الانتفاع ببئره الابحريمها (هو الصحيح) احتراز عما قيل الاربعون من كل الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة اذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح ما فى المتن لان فى الاراضى الرخوة يتحول الماء الى ما يحفر دونها فيؤدى الى اختلاف حقه (وكذا) اربعون ذراعا من كل جانب فى الصحيح (حريم) بئر (الناضح) التى ينزح الماء بالناضح عند الامام (وعندهما للناضح ستون) اى فحريمها ستون ذراعا لقوله عليه الصلاة والسلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر ناضح ستون ذراعا وله قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا فله ما حوله اربعون ذراعا من غير فصل ولما تعارض الخبران اخذنا بالاقل لتيقنه وفى المحيط اذا كان عمق الماء زائدا على اربعين يزاد عليها (وحريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب) لما روينا ولان العين تستخرج للزراعة فلابد من مكان يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع ينزل فيه المسافر والدواب ومن موضع يجرى منه الى المزارع والمراتع فقدر بالزيادة قيل او كان عادية فحريمها خمسون ذراعا وعند الشافعى ومالك يعتبر العرف فى الحريم مطلقا (ويمنع غيره) اى غير حافر البئر او العين (من الحفر فى حريمه) لانه بالحفر ملك حريم ذلك المحفور فليس لغيره ان يتصرف فى ملكه (لا) يمنع من الحفر (فيما وراءه) اى فيما وراء الحريم لعدم تعلقه بما وراءه (وان حفر احد بئرا فيه) اى فى داخل الحريم (ضمن) الاول الثانى (النقصان) لتعدى الثانى بتصرفه فى ملك غيره وطريق معرفة النقصان ان يقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما (ويكبس الاول بنفسه) اى يملأها بالتراب كما اذا هدم جدار غيره فانه لا يؤمر بان يبنى جداره بل يضمن قيمة بنائه ثم يبنى بنفسه هو الصحيح كما فى الهداية وقيل لا يضمنه النقصان وان يأخذه بكبس ما احتفره لان ازالة جناية حفره كما فى الكناسة يلقيها فى دار غيره فانه يؤاخذ برفعها وما عطب فى الاولى فلاضمان فيه لانه غير متعد اما ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر للامام انه يجعل الحفر تحجيرا وهو تسبيل منه بغير اذن الامام والتحجير لا يكون متعديا فلا يضمن بالاتفاق وان كان لا يملكه بدون الاذن وما عطب فى الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر فى ملك غيره كما فى الهداية (وان حفر) بئرا بامر الامام (فيما وراءه فلاضمان عليه) اى فى غير حريم الاول قريبة منه فذهب ماء البئر الاولى وعرف ان ذهابه من حفر الثانى فلاضمان عليه لانه غير متعد فيما صنع والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فليس له ان يخاصمه فى تحويل ماء بئر الاول بئر الثانى كالتاجر اذا كان له حانوت فاتخذ آخر بجنبه حانوتا لمثل تلك التجارة فكسدت تجارة الاول بذلك لم يكن له ان يخاصم الثانى كما فى الدرر (وله) اى للذى حفر فيما وراء الحريم متصلا بحريم البئر الاولى (الحريم) من الجوانب الثلثة (مما) اى من جانب (سوى حريم) الحافر (الاول) لسبق ملك الحافر الاول فيه وان اراد التوسعة عليه حفر بعيدا من حريم البئر الاول (وللقناة) اى مجرى الماء تحت الارض (حريم بقدر ما يصلحها) اى يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه عند الامام (وقيل لا حريم لها ما لم يظهر ماؤها) عنده لكونها جوف الارض كالنهر وقيل انه مفوض الى رأى الامام كما فى الاختيار (وعندهما هى) اى القناة (كالبئر) فى استحقاق الحريم (وان ظهر ماؤها) اى ماء القناة (فهى كالعين) الفوارة (اجماعا) فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع (ولا حريم لنهر) فهو مجرى كبير لا يحتاج الى الكرى فى كل حين (فى ارض الغير الابحجة) اى من كان له نهر فى ارض غيره فليس له حريم عند الامام الا ان يقيم بينة على ثبوت الحريم له (وعندهما له) اى للنهر (مسناة) اى مسناة نهره لان يمشى عليها ويلقى طينه عليها قيل هذه المسئلة بناء على من احيى نهرا فى ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لكن المحققين من مشايخنا قالوا ان له الحريم بالاتفاق بقدر ما يحتاج اليه

لالقاء الطين ونحوه وهو الصحيح كما فى القهستانى نقلا عن التتمة (وهذا الحريم بقدر نصف عرضه من كل جانب عند ابى يوسف) لان المعتبر الحاجة الغالبة وذلك بنقل ترابه الى حافتيه فيكفى ماذكرناه (ويقدر عرضه عند محمد) من كل جانب لانه قد لايمكنه القاء التراب من الجانبين فيحتاج الى القائه فى احدهما فيقدر فى كل طرف ببطن النهر والحوض على هذا الاختلاف لهما انه لاانتفاع بالنهر الابالحريم لانه يحتاج الى المشى فيه لتسييل الماء ولايكون ذلك عادة فى بطنه والى القاء الطين ولايمكنه النقل الى مكان بعيد الابحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان الحريم ثبت فى البئر بالنص على خلاف القياس فيقتصر على مورده ولان الحاجة فى البئر اكثر لانه لايمكن الانتفاع بماء البئر بدون الاستقاء ولااستقاء الا بالحريم واما النهر ممكن الانتفاع بمائه بدون الحريم وفى الشمنى وانما اختلف الامام وصاحباه فى موضع الاشتباه وهو ان يكون النهر موازيا للارض ولا فاصل بينهما وان لايكون الحريم مشغولا بحق احدهما كالغرس حتى لوكان مشغولا بحق احدهما كان احق به باتفاق انتهى وانما قلنا هو مجرى كبير لان المجرى لوكان صغيرا يحتاج الى الكرى فى كل وقت فله الحريم بالاتفاق كما فى الكفاية (وهو) اى قول محمد (الارفق) بالناس الذين هم اهل النهر كما فى الهداية وغيرها وفى القهستانى نقلا عن الكرمانى والفتوى على قول ابى يوسف (فالمسناة) مبتدأ خبره قوله الاتى لصاحب الارض موتفريع على الخلاف المزبور يعنى المسناة التى (بين النهر) اى بين نهر رجل صفة المسناة (والارض) اى وارض الاخر (و) الحال انها (ليست فى يد احد) منهما بان لم يكن عليها غرس ولاطين ملق لواحد منهما والا فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد وان كان لكل واحد منهما يد فيشتركان فيها ولوكان عليه غرس لايدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف (لصاحب الارض) عند الامام اذ لاحريم للنهر عنده (فلا يغرس فيها صاحب النهر ولايلقى عليها طينه ولايمر) لكونها تعديا منه فى حق مالكها (وقيل له) اى لصاحب النهر (المرور والقاء الطين) فيها (مالم يفحش) وهو الصحيح كما فى التبيين وغيره لانه لايبطل بذلك حق صاحب الارض وبذلك جرت العادة ولكن لايغرس فيه الا المالك (وعندهما هى) اى المسناة (لرب النهر فله ذلك) اى الغرس والالقاء والمرور بناء على اصلهما كما مر آنفا (وقال الفقيه ابوجعفر اخذ بقول الامام فى الغرس وبقولهما فى القاء الطين) فلا يغرس فيها صاحب النهر كيلا يبطل حق مالكها ولكن يلقى الطين للحاجة والضرورة (ومن غرس شجرة فى ارض موات فله حريمها خمسة اذرع من كل جانب) كما جزم به فى المختار حيث قال ولو غرس شجرة فى ارض موات فحريمها من كل جانب خمسة اذرع ليس لغيره ان يغرس فيه انتهى (يمنع غيره من الغرس فيه) لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ ثمره والوضع فيه

﴿ فصل فى الشرب ﴾

لما فرغ من احياء الموات ذكر مايتعلق من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وفى القهستانى الشرب بالكسر اسم المصدر فهو لغة الماء المشروب واليه اشار بقوله (هو) اى الشرب (النصيب) قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اى نصيب (من الماء) اى الحظ المعين من الماء الجارى او الراكد للحيوان او الجماد وشريعة زمان الانتفاع بالماء سقيا للمزارع اوالدواب (والشفة شرب بنى آدم) اى استعمالهم الماء لدفع العطش اوالطبخ اوالوضوء اوالغسل اوغسل الثياب اونحوها (و) شرب (البهائم) اى استعمالهن الماء للعطش ونحوه مما يناسبهن والبهائم مالانطق له وذلك لمافى صوته من الابهام لكن يخص التعارف بماعدا السباع والطير كما فى القهستانى (الانهار العظام كالفرات) نهر كوفة (ودجلة) نهر بغداد وغيرهما (غير مملوكة) لاحد لاندم يدفيها على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلايكون محرزا والملك بالاحراز (ولكل احد فيها) اى فى الانهار العظام (حق الشفة والوضوء ونصب الرحى وكرى نهر الى ارضه) لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون

شركاء فى ثلثة الماء والكلاء والنار لان الانتفاع بالانهار كالانتفاع بالشمس والقمر لايمنع منه احد على اى وجه كان وشرط لجواز الانتفاع (ان لم يضر) الشق (بالعامة) وان كان مضرا بان مال الماء الى جانب تفرق الاراضى ليس له الشق ونصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقى (وفى الانهار المملوكة والحوض والبئر والقناة لكل) احد (حق الشفة) وحق سقى الدواب (ان لم يخف التخريب لكثرة المواشى) حتى لو خيف التخريب لكثرة الدواب يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما ثبت حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه (او) لم يخف (الاتيان على جميع الماء اى الارض) وفى الهداية الشفة اذا كان يأتى على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشى كثيرة ينقطع الماء بشربها قيل لايمنع منه لان الابل لاتردها فى كل وقت فصار كالمياومة فهو سبيل فى قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر والجامع فيه تفويت حقه انتهى وفى التبيين واختلفوا فيه قال بعضهم لايمنع لاطلاق ما رويناه آنفا وقال اكثرهم له ان يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسقى الاراضى انتهى ولهذا اختار المصنف المنع تابعا للاكثر (لاسقى ارضه او شجره) اى ليس لاحد سقى ارضه وشجره من نهر غيره وقناته وبئره وحوضه (الا باذن مالكه) لان الحق له فيتوقف على اذنه وفى المنح نقلا عن الخانية نهر لقوم لرجل ارض بجنبه ليس له شرب من هذا النهر وليس له ان يسقى منه ارضه او شجرا اوزرعا ولا ان ينصب دولابا على النهر لارضه وان اراد ان يرفع الماء منه بالقرب والاوانى ليسقى زرعه او شجره اختلف المشايخ والاصح انه ليس له ذلك ولاهل النهر ان يمنعوه (وله) اى لكل احد (الاخذ) اى اخذ الماء منها (للوضوء وغسل الثياب) ولو بغير رضائه الا لا يلزم ماهو مدفوع شرعا (وسقى شجر وخضر) اى اتخذهما (فى داره بالجرار فى الاصح) قال فى المنح لو اتخذ فى داره خضرة او شجرة واراد ان يسقى ذلك بالاوانى من نهر لغيره اختلفوا فيه قال بعض مشايخ بلخ ليس له ذلك الا باذن صاحب الماء كما ليس سقى شجرة او خضرة فى غير داره وقال شمس الائمة السرخسى انه لايمنع من هذا المقدار واختار المصنف ما قال السرخسى لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة (وما احرز من الماء بجب او كوز ونحوه لايؤخذ الا برضاء صاحبه وله) اى لصاحب الماء المحرز (بيعه) اى بيع الماء لانه ملكه بالاحراز وصار كالصيد اذا اخذه الا انه لا قطع فى سرقته بقيام شبهة الشركة فيه بالحديث فان قيل بهذا الاعتبار ينبغى ان لايقطع فى الاشياء كلها لان قوله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا يصير شبهة قالوا قوله تعالى خلق لكم ما فى الارض مقابلة الجمع بالجمع يقتضى انقسام الاحاد بالاحاد كقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز الزوائد على الاربع وفيما نحن فيه من الحديث اثبت الشركة للناس عاما (ولو كانت البئر او العين او النهر فى ملك احد وله) اى لصاحب الماء (منع من يريد الشفة من الدخول) اى فى ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء فى ارض مباحة لعدم الضرورة (فان لم يجد غيره) اى غير ذلك الماء (لزمه) اى صاحب الماء (ان يخرج اليه الماء او يمكنه) من التمكين (من الدخول) بشرط ان لايكسر ضفته وهذا عن الطحاوى وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر فى ارض مملوكة له اما اذا احتفرها فى ارض موات ليس له ان يمنعه كما فى الهداية (فان لم يفعل) ما ذكر من الاخراج والتمكين (وخيف العطش) على نفس الطالب او دابته (قوتل بالسلاح) لاثر عمر رضى الله تعالى عنه ولانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة لان الماء فى البئر والنهر ونحوهما مباح غير مملوك (وفى) الماء (المحرز) فى الاوانى (يقاتل بغير سلاح) يعنى عند خوف الهلاك اذا كان فيه فضل من حاجته ولا يقاتله بالسلاح لانه ملكه بالاحراز حتى كان له تضمينه الا انه مأمور ان يدفع اليه قدر حاجته فبالمنع خالف الامر فيؤدبه

كما فى الاختيار (كما فى الطعام حال المخمصة) والمفهوم من الكافى وغيره جواز ان يقاتله بالسلاح لانه قال الاولى ان يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير

﴿فصل﴾ فى كرى الانهار (وكرى الانهار العظام من بيت المال)

خبر كرى الانهار وفى الهداية الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه فى المقاسم (بعد) اى قط كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه والاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليهم من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى للفقراء والاول للنوائب (وان لم يكن فيه) اى فى بيت المال (شئ فعلى العامة) اى فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذهم لا يجتمعون ولا ينفقون عليها بانفسهم ولا يقيمونها ان لم يجبرهم الامام عليه وفى مثله قال عمر رضى الله تعالى عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج للكرى من كان يطيقه ويجعل مؤنة على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعله فى تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق على القتال ويجعل مؤنة على الاغنياء (وكرى ما ملك) ودخل ماؤه فى المقاسم قوله ما ملك على صيغة المبنى للمفعول (على اربابه) وهذا النوع اثنان ان يكون عاما من وجه خاصا من وجه والثانى ان يكون خاصا من كل وجه والفارق بينهما ان ما يستحق به الشفة فهو خاص من كل وجه وما لا يستحق فهو عام من وجه فكريه على اهلها لا على بيت المال لان منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم (لا على اهل الشفة) لانهم لا يحصون او لاهل الدنيا كلهم حق الشفة ولانهم اتباع والمؤنة تجب على الاصول دون الاتباع (ويجبر من ابى) عن الكرى دفعا لضرر بقية الشركاء وقيل لا يجبر فى المملوك الخاص لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه بالكرى بامر القاضى ثم يرجع على الابى ولا كذلك الاول (ومؤنته) اى مؤنة الكرى المشترك (عليهم) اى على الارباب (من اعلاه) اى من اعلى النهر (واذا جاوز) الكرى (ارض رجل) من الشركاء (سقطت) المؤنة (عنه) اى عن الرجل عند الامام وفى الخانية الفتوى على قوله (وليس له) اى للرجل (سقى ارضه ما لم يفرغ شركاؤه) عن الكرى لاختصاصه بالانتفاع بالماء دون شركائه (وقيل له) اى للرجل (ذلك) اى السقى قبل فراغهم (وعندهما هى) اى المؤنة (عليهم) اى على الارباب (جميعا من اوله) اى من اول النهر (الى آخره بحصص الشرب) وبيانه ان الشركاء فى النهر اذا كانوا عشرة مثلا فعلى كل واحد منهم عشر مؤنة الكرى فاذا جاوز عن ارض احدهم فعلى كل من الباقين تسعها واذا تجاوز عن ارض اخرى فعلى كل منهما ثمنها هذا عند الامام وقالا على كل منها اعشار من اول الكرى الى آخره لان لصاحب الاعلى حقا فى الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكرى الانتفاع بالسقى وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه رفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروى عن محمد والاول اصح لان له رأيا فى اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله اذا جاوز الكرى ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقى ارضه لانتهاء الكرى فى حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه كما فى الهداية (وتصح دعوى الشرب بلا ارض) استحسانا لان الشرب قد يملك بلا ارض ارثا ووصية وقد يباع الارض بدون الشرب فيبقى له الشرب وحده فصار هو مرغوبا منتفعا به فتصح الدعوى وتقبل البينة وفى القياس لا تصح

دعواه بدونهما لعدم تحقق شرط صحة الدعوى وهو الاعلام والشرب لايقبل الاعلام لجهالة المقام (ومن كان له نهر يجرى فى ارض غيره فاراد رب الارض منع الاجراء) فى ارضه (فليس له) اى للرب (ذلك) اى المنع ويترك على حاله لان موضع النهر مستعمل له باجراء مائه فيكون فى يده فعند الاختلاف يكون القول قوله فى انه ملكه (فان لم يكن) اى النهر (فى يده) اولم يكن له اشجار ولاطين ملقى على جانبى النهر (اولم يكن جاريا فادعى انه) اى النهر له (وقصد اجراءه لايسمع بلا بينة انه) اى النهر (له اوانه كان له حق الاجراء) فى هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له به لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كانت الدعوى فيه اوحق الاجراء باثبات الجرى من غير دعوى الملك (وعلى هذا المصب فى نهر اوسطح والميزاب والممشى فى دار الغير) فحكم الاختلاف فيهما نظيره فى الشرب وقع فى نسخة المصنف بالواو فى الميزاب والممشى لكن الظاهر باوفيهما تدبر (وان اختصم جماعة فى شرب) اى نهر بين قوم اختصموا فى الشرب فالنهر (بينهم قسم) الشرب (على قدر اراضيهم) لان المقصود بالشرب سقى الاراضى والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضى وكثرتها والظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر اراضيه وبقدر حاجته بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون فى ملك رقبة الطريق ولايعتبر فى ذلك سعة الدار وضيقها لان المقصود فيه الطرق ولايختلف باختلاف الدار الواسعة والضيقة (ويمنع الاعلى) منهم (من سكر النهر) اى من سده يعنى اذا كان ارض الاعلى منهم مرتفعة والماء قليلا بحيث لايمكنه سقى ارضه بتمامها الابسده لم يكن له ذلك لان الماء يكون محبوسا عن الباقين فى بعض المدة وفيه منع حقهم فلو انحدر الماء من الجبل الى وجه الارض فانتشر لايمنع الاعلى منه بل يكون لمن سبق اليه يده وفيه اشعار بانه يشرب بقدر مايدخل فى ارضه بدون السكر انتهى (بلارضاهم) اى بلا رضاء الشركاء الباقية (وان) وصلية (لم تشرب ارضه) اى الاعلى (بدونه) اى السكر فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته اواصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم فى نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا امكنه ان يسكر بلوح اوباب لايسكر بماينكبس به النهر كالطين والتراب من غير تراض لكونه اضرارا بهم فان لم يسكر باللوح فبالتراب ولو كان الماء فى النهر بحيث لا يجرى الى ارض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ باهل الاسفل حتى يروا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا ليرتفع الماء الى اراضيهم (وليس لواحد منهم) اى من الشركاء (ان يشق منه) اى من النهر المشترك (نهرا اوينصب عليه رحى او) ينصب عليه (دالية) وهى بالفارسية جرخ آب (او) ينصب عليه (جسرا) وهو اسم لمايتخذ من الخشبة والالواح على النهر (بلااذن البقية) اذ بالشق يكسر ضفة النهر المشترك وبالنصب يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه ويسد جانب النهر فيتوقف على اذن شريكه (الارحى فى ملكه ولاتضر بالنهر ولابمائه) اى الا اذا وضع رحى فى ملكه بان وقع فى بطن النهر وكان جانباه ملكا له وللاخر حق السيل حال كونه غير مضر بالنهر من كسر ضفته ولابالماء من اخراجه عن سننه فيجوز كماذكرآنفا (ولاان يوسع فم النهر) اى نهره فى ارضه لانه يكسر طرف اصل النهر ويزيد على مقدار حقه فى اخذ الماء (ولاان يقسم بالايام اومناصفة بعد كون القسمة) اى من القديم (بالكوى) بكسر الكاف جمع كوة بفتحها وقد يضم الكاف فى المفرد فالجمع كوى كعروة وعرى ويجوز فيه المد والقصر والمراد ثقب فى الخشب او الحجر ليجرى الماء الى المزارع اوالجداول اى ليس لواحد منهم ان يقسم بالايام ولامناصفة مع ان القسمة قد كانت من القديم بالكوى وكذا ان يقسم بالكوى وقد كانت بالايام لان القديم يترك على قدمه الا ان يرضى الكل (ولا ان يزيد كوة) اى

ولو كان لكل منهم كوى مسماة فى نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة (وان) وصلية (لم يضر بالباقين) لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كان الكرى فى النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد فى الكوى بالطريق الاولى كما فى الهداية (ولا ان ينقض بعض كواه) وفى التبيين ولو اراد الاعلى من الشريكين من النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عنها كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالاخر وكذا اذا اراد ان يقسم النهر مناصفة لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما (ولا) اى ليس لواحد (ان يسوق شربه الى ارض اخرى له ليس لها) اى للارض الاخرى (منه) اى من النهر (شرب) لاحتمال ان يدعى رب الارض بتقادم العهد حقا لتلك الارض فى الشرب وكذا اذا اراد ان يسوق شربه فى ارضه الاولى حتى تنتهى الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفى زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقى الاخرى (فان رضى البقية) اى بقية الشركاء (بشئ من ذلك) المذكور من النقص والزيادة والقسمة من الايام وغيرها (جاز) لان الحق لهم ولهم اسقاطه (ولهم) اى للبقية (نقضه بعد الاجازة ولورثتهم من بعدهم) لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا اجارة الشرب لا تجوز لما عرفت فى موضعه فتعينت الاعارة وهذا لان القسمة بالكوى قد تمت وليس لاحدهما ان ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل واحد منهما معيرا نصيبه من صاحبه فيرجع فيها هو وورثته اى وقت شاء لان العارية غير لازمة كما فى التبيين (والشرب يورث) لكونه حقا ماليا فيجرى فيه الارث (ويوصى بالانتفاع به) اى بعينه لا برقبته اذ الوصية كالارث فى الثبوت بعد الموت فيصير حكمها كحكمه وجهالة الموصى به لا تمنع الوصية لانها من اوسع العقود حتى جازت بالمعدوم كما فى المنح (ولا يباع الشرب ولا يوهب ولا يوجر ولا يتصدق به) بلا ارض للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ولكونه غير متقوم حتى لو اتلف شرب انسان بان سقى ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وفى الهداية ولا يباع الشرب فى دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما فى حال حيوته وكيف يصنع الامام والاصح ان يضم الى ارض لا شرب له فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين (ولا يجعل) الشرب (مهرا) حتى لو تزوج امرأة على ان يكون الشرب مهرا لها يجب مهر المثل عليه لا الشرب (ولا) يجعل (بدل صلح) فيكون المدعى على دعواه (ولا يضمن من ملاء ارضه فنزت ارض جاره) اى غرقت لانه مسبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان فى السبب ان يكون متعديا وانما قلنا ليس بمتعد فيه لان له ان يملاء ارضه ماء ويسقيها كما فى المنح وفى القهستانى هذا اذا سقى فى نوبته مقدار حقه واما اذا سقى فى غير نوبته او زاد على حقه يضمن على ما قال اسمعيل الزاهدى وذكر فى التتمة انه اذا سقى سقيا غير معتاد فتعدى ضمن وعليه الفتوى (ولا) يضمن (من سقى من شرب غيره) لان الشرب ليس بمال متقوم وهذا على رواية الاصل وهو مختار الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى كما فى القهستانى وفى الزاهدى من سقى من شرب غيره يرفع الى السلطان ليؤدبه بالحبس والضرب وفى المنح وان اخذ مرة بعد مرة يؤدبه السلطان بالضرب والحبس ان رأى ذلك

﴿كتاب الاشربة﴾

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة فى حسن تحريم ما يزيل العقل الذى هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله

حل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك قلت بان السكر حرام فى جميع الاديان وحرمة شرب القليل علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع فى المحظور ونحن مشهود لنا بالحرمة واعلم ان الاصل فى الاشياء كلها سوى الفروج الاباحة قال الله تعالى هو الذى خلق لكم مافى الارض جميعا وقال كلوا مما فى الارض حلالا طيبا وانما تثبت الحرمة بمعارض نص مطلق او خبر مروى فالم يوجد شئ من الدلائل المحرمة فهى على الاباحة وقد دل كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى انما الخمر والميسر الاية وقول النبى صلى الله تعالى عليه وسلم حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها وقد تواتر تحريمها عن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم وعليه اجماع الامة والسكر من كل شراب فالشراب لغة اسم لما يشرب ماء كان او غيره حلالا او غيره واصطلاحا ماهو مسكر وما يستخرج منه وهو اكثر من عشرة عند بعض اصحابنا والمضاف محذوف اى شرب الاشربة واصولها الثمار كالعنب والتمر والزبيب والحبوبات كالبر والذرة والدخن والحلاوات كالسكر والفانيذ والعسل والالبان كلبن الابل والرمالة والمتخذ من العنب خمسة انواع او ستة ومن التمر ثلاثة ومن الزبيب اثنان ومن كل البواقى واحد وكل واحد منها على نوعين نى ومطبوخ كما سيأتى (تحرم الخمر) وان قلت (وهى النى) بكسر النون وتشديد الياء (من ماء العنب اذا غلا) من غلا يغلى غليا وغليانا اى صار اسفله اعلاه (واشتد) اى قوى بحيث يصير مسكرا (والقذف بالزبد) بالتحريك اى رماه بحيث لايبقى فيه شئ من الزبد فيصفو ويرق (شرط) عند الامام لان الغليان بداية الشدة والقذف بالزبد والسكون كمال الشدة اذ به يتميز الصافى عن الكدر (خلافا لهما) لان عندهما وعند الائمة الثلاثة لايشترط فيه القذف بالزبد لانه يسمى خمرا قبل القذف وفى المنح والغليان والشدة شرط بالاجماع وفى النهاية ولايحد بدون القذف احتياطا به قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وخص اسم الخمر بالنى من ماء العنب اذا صار مسكرا باتفاق اهل اللغة واستعمل فيه وقال بعض الناس لفظ الخمر اسم لكل مسكر نيا كان او مطبوخا من ماء عنب او غيره لانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر واجيب عنه انما سمى هذا خمرا لتخمره وهو الشدة والقوة او لاختماره وهو تغير ريحه لا للمخامرة ولو سلم انه سمى لمخامرته العقل وذا لايدل على ان كل مايخامر العقل يسمى خمرا كالنجم لانه اسم خاص بالكواكب لظهوره وهذا لايدل على ان كل ماظهر يسمى نجما مع ان المناسبة فى الوضع تعتبر تارة كما فى النجم والخمر وقد لاتعتبر تارة كما فى الحجر والجدار (و) يحرم (الطلاء) بكسر الطاء وتخفيف اللام ومد الالف (وهو ماطبخ منه) اى من ماء العنب (فذهب اقل من ثلثيه) كما فى الوقاية والكنز لكن فى التبيين نقلا عن المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ما اذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لماروى ان كبار الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يشربون من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقى ثلثه على ما يجئ من قريب ويؤيد المحيط تفسير الجوهرى اياه بما ذهب ثلثاه وفى الهداية كما فى المتن اعتبر الذاهب اقل من ثلثيه ويسمى الباذق ايضا سواء كان الذاهب قليلا او كثيرا بعد ان لم يكن الذاهب ثلثين (فان ذهب نصفه) بالطبخ وبقى النصف (يسمى منصفا وان طبخ بادنى طبخة يسمى باذقا) اسم لما يطبخ من ماء العنب حتى يذهب اقل من ثلثيه سواء كان اقل من الثلث او النصف بعد ما صار مسكرا (اذا غلا واشتد) وقذف بالزبد على الاختلاف لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره كالخمر ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا لما يتعلق به الفساق وقال الاوزاعى انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب ولا بأس بخمر (و) يحرم (السكر) وفى المغرب بفتحتين عصير الرطب ولهذا قال (وهو النى من ماء الرطب) وفى المنح واشتقاقه من سكرت الريح اذا سكنت فسره الجوهرى بنبيذ التمر

وفي الهداية السكر هو النيّ من ماء التمر اي الرطب وفي العناية انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من ماء التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول الشيخين فبين قولي الجوهري والفقهاء نوع مخالفة فليتأمل وانما يحرم (اذا غلا واشتد) وقذف بالزبد وقبله حلال وقيل حلال وقال شريك بن عبد الله هو مباح وان قذف بالزبد لقوله تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا لان الذكر وقع في موضع المنة وهي لا تتحقق بالمحرم قيل في جوابه ان توصيف المعطوف بالحسن لا يخلو عن الدلالة على ان في المعطوف عليه قبحا مع ان الامتنان مشوب بالتوبيخ هو تتخذون سكرا وتدعون رزقا حسنا (و) يحرم (نقيع الزبيب) وهو النيّ من ماء الزبيب (اذا غلا واشتد) ويأتي فيه خلاف الاوزاعي (واشترط قذف الزبد فيهن) اي في النقيع والسكر والطلاء (على ما في الخمر) اي على الخلاف الواقع فيها (والكل) من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع (حرام) لحديث كل مسكر حرام واوله لا خلا له بسلامة العقل (وحرمتها) اي حرمة هذه الاشياء (دون) حرمة (الخمر فنجاسة الخمر غليظة) رواية واحدة كالبول لثبوت حرمتها بدليل مقطوع (ونجاسة هذه) الاشياء (مختلف في غلظها وخفتها) فان نجاستها خفيفة في رواية (ويكفر مستحل الخمر) لانكاره الدليل القطعي (دون هذه) الاشياء لان حرمتها غير قطعية بل اجتهادية (ويحد بشرب قطرة من الخمر وان) وصلية (لم يسكر بخلاف هذه الاشياء) اي لم يحد فيها ما لم يسكر منها لان الحدود في النيّ خاصة ولا يتعدى الى المطبوخ (ويجوز بيع هذه) الاشياء (ويضمن متلفها) عند الامام (خلافا لهما) كما مر في الغصب (وفي الخمر عدم جواز البيع وعدم الضمان) على المتلف (اجماعا) اما عدم جواز البيع فلقوله عليه الصلاة والسلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واما عدم الضمان فلسقوط تقومها في حق المسلم (ولو طبخت الخمر او غيرها) من الاشربة المحرمة (بعد الاشتداد لا تحل وان) وصلية (ذهب الثلثان) وبقي الثلث لان الطبخ للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها (لكن قيل لا يحد) من شرب ذلك المطبوخ (ما لم يسكر) لان الحد في القليل ورد في النيّ والطبخ يورث الشبهة والحد يندرئ بها وعند السكر يلحق بالخمر (ويحل نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخة) وهو ان يطبخ الى ان ينضج (وان) وصلية (اشتد) بمكثه (ما لم يسكر) بلا نية لهو وطرب بل بنية تقو لقوله عليه الصلوة والسلام ولا تنتبذوا الرطب والزبيب معا ولكن انتبذوا كل واحد منهما على حدته وهذا نص على ان المتخذ من كل واحد منهما افرادى مباح وهذا محمول على المطبوخ منه اذ النيّ حرام باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وفي الهداية ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر وبين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا انتهى هذا يخالف لما قبله وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال تدبر (وكذا) يحل (نبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة) وفي الهداية ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند الشيخين اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم انتهى لكن ينافي قوله عليه الصلاة والسلام حرمة الخمر لعينها والسكر من كل شراب الا ان يحمل هذا على سكر من كل شراب يتخذ من هاتين الشجرتين غير الخمر كما في التسهيل لكن يرد ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وقال كل مسكر حرام الا ان يقال ليس بثابت ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير تتبع فان اقوال الفقهاء في هذا المحل مضطربة (والخليطين) من الزبيب والتمر

طبخت اولا) هذا قيد لقوله وكذا نبيذ العسل الى هنا لكن في الهداية وغيرها من المعتبرات ولا بأس بالخليطين لما روى عن ابن زياد انه قال سقانى ابن عمر رضى الله تعالى عنهما شربة ما كدت اهتدى الى اهلى فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان مذهب ابن عمر نقيع الزبيب كان حراما وهو الني منه والا يؤدى الى التناقض وما روى عن النهى عن الخليطين محمول على حالة القحط وكان ذلك فى الابتداء والاباحة فى حالة السعة انتهى فعلى هذا ظهر المنافاة بين قول المصنف وهو طبخت اولا وبين قول الهداية وغيرها وهو وكان مطبوخا لكن يمكن التوفيق بان قول الهداية وغيرها بعد الاشتداد وقول المصنف وهو طبخت اولا قبل الاشتداد ويؤيده ما روى عن عائشة رضى الله تعالى عنها انها قالت ننبذ لرسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فى سقاء فيأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فيطرحهما فيه ثم يصب عليه الماء فينتبذه غدوة فيشربه عشية وينتبذه عشية فيشربه غدوة فعلم انه قبل الاشتداد لانه لايشتد فى الغدوة وكذا فى العشية غالبا تتبع (وكذا) يحل (المثلث وهو عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه) وبقى الثلث ولايعتبر بما خرج من القدر من شدة الغليان من الزبد فلو طبخ عشرة اصوع من العصير فذهب صاع بالزبد طبخ الباقى حتى يذهب ستة اصوع ويبقى الثلث فيحل وينبغى ان يطبخ موصولا فاذا انقطع الطبخ ثم اعيد فان كان قبل تغيره بحدوث المرارة وغيرها حل والا حرم وهو المختار للفتوى كما فى القهستانى (وان) وصلية (اشتد) وقذف ما لم يسكر بلا نية لهو وطرب عند الشيخين لانه لغلظته لايدعو الى الاكثار شربه وهو فى نفسه غذاء فبقى على اصل الاباحة كما مر تفصيله قبيله وفى الهداية والذى يصب الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة فحكمه حكم المثلث لان صب الماء لايزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب (وفى الحد بالسكر منها) اى من هذه الاشياء (روايتان والصحيح وجوبه) اى وجوب الحد لان الفساق يجتمعون عليه فى زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك (ووقوع طلاق من سكر منها) اى من هذه الاشياء (تابع الحرمة) فمن قال انها حرام يقع طلاق من سكر منها ومن قال انها حلال لايقع طلاق من سكر منها لانه بمنزلة النائم وذهاب العقل بالبنج ولبن الرماك (والكل حرام عند محمد) وعند مالك والشافعى (وبه) اى بقول محمد (يفتى) لفساد الزمان وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه (والخلاف) بينه وبين الشيخين (انما هو عند قصد التقوى) بشربها (اما عند قصد التلهى فحرام اجماعا) فانه يقع الطلاق بالاجماع لان التلهى حرام وما يؤدى الى الحرام فهو حرام ايضا (وخل الخمر حلال) لزوال اشتدادها الذى هو علة الحرمة (ولو) وصلية (خللت بعلاج) بالقاء ملح او خل عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام خير خلكم خل خمركم ولان التخليل اصلاح كدبغ الجلد بازالة صفة الاسكار وعند الشافعى يكره تخليلها ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شئ فيه قولا واحدا لاحتمال بقاء اجزاء الخمر وان كان بغير القاء شئ فيه فله فى الخل الحاصل به قولان ثم اذا صارت خلا يطهر ما يوازيها من الاناء واما اعلاه وهو الذى انتقص منه الخمر فقد قيل يطهر تبعا وقيل لايطهر ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة (ولا بأس بالانتباذ) اى اتخاذ النبيذ (فى الدباء) وهو القرع (والحنتم) بفتح الحاء المهملة وسكون النون وفتح التاء المثناة وهو الجرة الخضراء وقيل هو الجرة الحمراء يحمل فيها الخمر ويؤتى بها من نواحى اليمن (والمزفت) هو الوعاء المطلى بالزفت (والنقير) هو الخشب المنقور لان هذه الظروف كانت مختصة بالخمر فلما حرمت الخمر حرم استعمال هذه الظروف تشديدا فى تحريم الخمر ليتركه الناس فلما مضت الايام ابيح استعمالها لاستقرار الامر بالتمام

وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان
جديدا لايطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق و عند ابي يوسف يغسل ثلاثا
و يجفف فى كل مرة و قيل عند ابي يوسف يملاء ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء
صافيا غير متغير يحكم بطهارته وفى الخانية انه حكى عن الفقيه ابي جعفر ان الخمر اذا صارت خلا
يطهر الظرف كله ولا يحتاج الى ذلك التكلف و به اخذ الفقيه ابو الليث وهو اختيار
صدر الشهيد وعليه الفتوى لان بخار الخل يرتفع الى اعلاه فيطهر كله (ويكره شرب دردى
الخمر) وهو مايبقى فى اسفله (والامتشاط به) اى بدردى الخمر وانما خص الامتشاط بالذكر
مع ان الانتفاع به حرام لان له تأثيرا فى تحسين الشعر والمراد بالكراهة الحرمة لان فيه اجزاء الخمر
وهذا هو المفهوم من الهداية وغيرها ولذا قال فى مختصر الوقاية وحرم شرب دردى الخمر
(ولايحد شاربه بلا سكر) لان وجوب الحد للزجر عن الميل والطبع لايميل الى الدردى فقليله
لايدعو الى كثيره خلافا للشافعى فانه قال يحد لانه شرب جزء من الخمر (ولا يجوز الانتفاع
بالخمر) لان الانتفاع بالنجس حرام كما حققناه فى الكراهية (ولا) يجوز (ان يداوى بها)
اى بالخمر (جرح) بضم الجيم (ولا) يجوز ان يداوى بها (دبر دابة) لانه نوع انتفاع
والدبر بالتحريك قرحة دابة (ولايسق آدميا ولو) وصلية (صبيا للتداوى) كابيناه فى الكراهية
(ولاتسق الدواب) مطلقا (وقيل) ان اريد سق الدواب (لايحمل الخمر اليها) اى الى الدابة
(فان قيدت) اى الدابة (الى الخمر فلا بأس به) اى بالقود لانه لايكون حاملها (كما فى الكلب
مع الميتة) فانه ان دعاه اليها فلابأس به وان حملها اليه لايجوز (ولابأس بالقاء الدردى فى الخل)
لانه يصير خلا (لكن يحمل الخل اليه) اى الى الدردى (دون عكسه) اى لايحمل الدردى اليه
لان النجس لايحمل

﴿ كتاب الصيد ﴾

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من
حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها
للاشربة غير خفية ثم كما ان منها ماهو حلال او حرام كذلك من الصيود ماهو حلال وحرام الا
انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنها محاسن المكاسب ولان فيه تحقيق
منة الله تعالى بقوله وخلق لكم مافى الارض جميعا وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون
للحاجة اليه وقد يكون اظهارا للجلادة وقد يكون للتفرج (وهو) اى الصيد مصدر بمعنى
(الاصطياد) ثم صار اسما للصيد الممتنع بقوائمه او بجناحيه لان المصدر يطلق على المفعول كضرب
الامير (وهو جائز بالجوارح المعلمة) من الكلب والفهد والبازى والشاهين والباشق والعقاب والصقر
ونحوها وقيده صاحب التنوير بشرط قابلية التعليم و بشرط كون الحيوان الذى يصاد به ليس
بنجس العين فلايجوز الصيد بدب واسد لعدم قابلية التعليم ولايجوز بالخنزير لنجاسة عينه فلاحاجة
الى الاستثناء فعلى هذا ينبغى ان لايجوز الاصطياد بالكلب على القول بنجاسة عينه الا ان يقال ان
النص ورد فى حل الاصطياد به بخصوصه والاصل فيه قوله تعالى احل لكم الطيبات وما علمتم من
الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله اى صيد ما علمتم من الجوارح وهو معطوف على الطيبات
والجوارح الكواسب والجرح الكسب والمكلبين المسلطين وقيل ان يكون جارحة بنابها ومخلبها
حقيقة ويمكن حمل الاية على المعنيين فيشترط الجراحة حقيقة على ماهو ظاهر الرواية لان
فى اشتراط الجرح من الكواسب عملا بالمتيقن به ومعنى قوله مكلبين معلمين الاصطياد تعلمونهن
تؤدبونهن والمعلم من الكلاب مؤدبها ثم عم فى كل ما ادب جارحة بهيمة كانت اوطيرا كما فى التبيين
(والمحدد من سهم وغيره) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه
فكل (لمايؤكل لاكله) اى يجوز اصطياد مايؤكل لحمه بما ذكر لاكله (و) يجوز اصطياد

(ما لا يؤكل لحمه لجلده وشعره) لاطلاق قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولا يختص بمأكول اللحم
قال قائلهم * صيد الملوك ارانب وثعالب * واذا ركبت فصيدى الابطال * ولان صيده سبب
الانتفاع بجلده اوشعره اوريشه اولاستدفاع شره وكل ذلك مشروع كما فى الهداية (ولابد فيه)
اى فى الصيد (من الجرح) اى موضع منه فات بعد جرحه يؤكل فى ظاهر الرواية لان الذبح الاختيارى
يحصل بالجرح وكذا الذبح الاضطرارى وعن ابى يوسف وهو رواية الحسن عن الامام والشافعى
فى قول انه لا يشترط الجرح لان الجوارح فى الاية بمعنى الكواسب لقوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار
اى ما كسبتم لا الجوارح بالناب والمخلب حقيقة كما مر قبيله (و) لابد فيه من (كون المرسل) اى
مرسل الجوارح (اوالرامى مسلما اوكتابيا) وهو يعقل التسمية ويضبط على نحو ما ذكرنا فى الذبائح
وبه يصير اهلا للذكوة (وان لا يترك التسمية عمدا عند الارسال اوالرمى) لقوله عليه الصلاة والسلام
لعدى بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل شرط التسمية لحل الاكل
وعند الشافعى لا يشترط فى رواية قيد بالعمد لانه لو تركه ناسيا حل ايضا كما مر فى الذبائح (وكون
الصيد ممتنعا) من الادمى قادرا على الامتناع بالقوائم اوالجناحين متوحشا قال ابن الشيخ فى شرح
الوقاية فالحيوان كالظبى والارنب اذا وقع فى الشبكة اوسقط فى البئر اوكان ضعيفا مجروحا هو متوحش
غير ممتنع واذا استأنس بالادمى وهو ممتنع غير متوحش فلا يجرى الحكم المذكور من الذبح الاضطرارى
وان كان ممتنعا ولم يكن متوحشا فى الاصل كالبقر لا يكون صيدا وان كان متوحشا كالذئب والثعلب
لا يكون من الذبائح لانه لا يؤكل بل يكون صيدا ينتفع بجلده (و) لابد (ان لا يقعد) المرسل اوالرامى
(عن طلبه بعد التوارى عن بصره) الا ان يقعد لحاجة انسانية كقضاء حاجة واكل عن جوع
وشرب عن عطش وصلوة عن فرض وجلوس عن عى فان قعد عن طلبه بلا ضرورة فوجده
ميتا يحرم اكله لقوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته كما سيأتى تفصيله (و) لابد (ان لا يشارك
المعلم غير المعلم) بفتح اللام فيهما فلو ارسل الكلب المعلم وشاركه غير المعلم فى جرح صيد لم يؤكل لانه
اجتمع فيه المبيح والمحرم والاحتراز عنه ممكن فيرجح المحرم احتياطا ولو شاركه فى اخذه دون الجرح
يكره كراهة التحريم على الصحيح (او) لا يشارك المعلم (مرسل) اسم مفعول مضافا الى
(من لا يحل ارساله) ككلب المرتد والوثنى اوالمجوسى اوكلب لم يرسل للصيد اوارسل وترك التسمية
عمدا لما بيناه (وان لا تطول وقفته) اى وقفة المعلم (بعد الارسال) حتى لا ينقطع ارساله بالتسمية
(لغيرا كان للصيد) فلو وقف الفهد وكمن للاحتيال فى الاخذ فلا يحرم لان ذلك عادته وكذا
لبعض الكلاب فلا ينقطع به فور الارسال كما سيأتى (ويجوز بكل جارح علم) من السباع والطير
(من ذى ناب اومخلب) اخذ الصيد بطريق الشرع وفيه اشعار بان ما لا ناب له ولا مخلب لم يحل
صيده بلا ذبح لانه لم يجرح كما فى القهستانى (ويثبت التعلم بغالب الرأى اوبالرجوع الى اهل الخبرة)
عند الامام فان عنده لا تأقيت فيه لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل سماعا ولا سماع فيفوض الى
رأى المبتلى كما هو اصله فى جنسها واخبار اهل الخبرة ولان ذلك يختلف باختلاف طباعها
(وعندهما) وهو رواية عن الامام (يثبت) التعلم (فى ذى الناب بترك الاكل ثلاثا) لان تركه مرة
يحمل على الشبع ومرتين على الترك بالشك واذا تركه ثلاثا يحمل على ترك الانتهاب والاستيلاب
يقينا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما فى مدة الخيار (و) يثبت (التعلم فى ذى
مخلب بالاجابة اذا دعى بعد الارسال) وهو مأثور عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ولان بدنه
لا يحتمل الضرب للتعليم كما يحتمل الكلب ونحوه فاكتفى بغيره مما يدل على التعلم فان فى طبعه
نفورا فيعرف زواله برجوعه بالدعاء سواء كان الرجوع بطمع اللحم اولا وقيل لو كان يرجع بلا طمع فهو
معلم والا فلا واما مثل الفهد مما يحتمل الضرب فتعلمه بترك الاكل والاجابة جميعا لان فى طبعه

الافتراس مع النفور (فلو اكل منه) اى من الصيد (البازى اكل) اى يحل اكل الباقى من هذا الصيد لان تعلمه بالاجابة لابترك اكله بالاجماع الاعند الشافعى فى الجديد لايؤكل (لا) اى لايؤكل (ان اكل منه الكلب اوالفهد) عندنا مطلقا سواء كان نادرا اومعتادا وللشافعى قولان فيما اذا اكل نادرا ففى قول يحرم وفى قول يحل وبه قال مالك ولواعتاد الاكل حرم ماظهرت عادته فيه وهل يحرم ما اكل منه قبل الذى ظهرت به عادته فيه وجهان والاصح ماقلنا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله تعالى فكل مما امسكن عليك الا ان يأكل الكلب فلاتأكل فانى اخاف ان يكون انما امسك على نفسه كما فى التبيين وغيره (فان اكل) ذوالناب من الصيد (اوترك) ذوالمخلب (الاجابة بعد الحكم بتعلمه حرم ماصاده بعده) اى بعد ترك الاكل ثلاث مرات على التوالى او بعد ترك الاجابة (حتى يتعلم) على الخلاف الذى بيناه آنفا (وكذا ما صاد قبله) اى حرم ماصاده قبل اكله وقبل ترك الاجابة لانه علامة الجهل فى الابتداء فظهر ان الحكم عليه بالتعلم خطاء (وبقى فى ملكه) بان كان محرزا فى بيته عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما لايحرم الا الذى اكل منه لان تعلمه علم بالاجتهاد فلا ينتقض باجتهاد آخر وان لم يبق فى ملكه بان يأكله او يتلفه لاتظهر الحرمة لانعدام المحلية وانما قلنا محرزا فى بيته لان ماليس بمحرز بان كان فى المفازة بعد تثبت فيه الحرمة اتفاقا (وان شرب الكلب من دمه) اى دم الصيد ولم يأكل من لحمه (اونهشه) اى الكلب (فقطع منه) اى من الصيد (بضعة) اى قطعة من اللحم (فرماها) اى رمى الصائد تلك البضعة (واتبعه) اى اتبع الكلب الصيد بعد النهش والقطع والرمى فاخذه وقتله ولم يأكل منه (اكل) وذلك لانه بالشرب بدون الاكل امسك على صاحبه وسلمه اليه وكذا اذا قطع منه بضعة ولم يأكل الصيد لان الاول من غاية علمه حيث شرب مالايصلح لصاحبه وامسك عليه مايصلح له وكذا اذا لم يأكل واخذ مارماه يدل على علمه بان غير مارماه مطلوب صاحبه وفى كل منهما سلم الصيد صاحبه وذا كاف فى تحقق علمه (وان) وصلية (اكل) الكلب (تلك البضعة بعد صيده) لان هذا ليس باكل من الصيد اذ لم يبق صيدا بعد تسليمه وقبض صاحبه (وكذا) يؤكل (لو اكل ما اطعمه صاحبه من الصيد) لانه لم يبق صيدا كما اذا القى اليه طعاما غيره (او اكل هو) اى الكلب (بنفسه منه) اى من الصيد بان خطف شيئا منه (بعد احراز صاحبه) لانه خرج عن كونه صيدا فى هذه المسالة (بخلاف ما لو اكل القطعة قبل اخذه الصيد) اى نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لايؤكل لما مر انه اكل فى حالة الاصطياد فتبين انه جاهل ممسك على نفسه (وان خنقه) اى خنق الكلب الصيد (ولم يجرحه لايؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ماذكرناه وهذا يدلك على انه لايحل بالكسر وعن الامام انه اذا كسر عضوا فقتله لابأس باكله لانه جراحة باطنة فهى كالجراحة الظاهرة كما فى الهداية وفى الغاية الفتوى على ظاهر الرواية (وكذا ان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسى او كلب ترك مرسله التسمية عمدا) هذه المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها آنفا فلا فائدة فى ذكرها ثانيا الا ان يقال توطئة الى قوله (وان ارسل مسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر) والمراد بالزجر التهييج اى هيجه فهاج بان صاح عليه فازداد فى العدو كما فى التبيين (حل) اكل الصيد (وبالعكس) يعنى ان ارسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر (حرم) اكله الحاصل انه اذا اجتمع الارسال والاغراء فالعبرة للارسال لان الزجر دون الارسال لكونه بناء على الارسال فلاينسخ به الارسال لان الشئ لايرتفع الا بمثله او بما فوقه كما فى نسخ الآى فلايرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسى ولا ارساله بزجر المسلم فبقى كل واحد منهما على ما كان عليه وفى الهداية وكل من لاتجوز ذكوته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسى (وان لم يرسله) اى الكلب (احد فزجره مسلم او غيره

(فالعبرة للزاجر) اى اوانبعث الكلب بنفسه على الصيد فزجره مسلم فانزجر واخذه حل اكله استحسانا والقياس ان لا يحل لان الارسال بمنزلة ذكوة اضطرارية ولهذا اشترط فيه التسمية فان لم يوجد لتقدم الذكوة حقيقة وحكما وجه الاستحسان ان الزجر عند عدم الارسال بمنزلة الارسال لان انزجاره عقيب زجره دليل على طاعته (وان ارسله) اى الكلب (ولم يسم) وقت الارسال (عمدا ثم زجره فسمى فالعبرة لحال الارسال) يعنى لا يؤكل فلا عبرة بالتسمية وقت الزجر (وان ارسله على صيد فاخذ) الكلب (غيره) اى غير الصيد (حل مادام على سنن ارساله) وقال مالك لا يحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار ولنا ان الارسال شرط غير مفيد لان المقصود حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ما دام لم يعدل عن سننه ولو عدل عن الصيد يمنة ويسرة وتشاغل فى غير طلب الصيد وترك سننه واتبع الصيد فاخذه لم يؤكل لانه غير مرسل اليه (وكذا اوارسله على صيود بتسمية واحدة فاخذ كلها حلت) الصيود كلها لان المقصود به حصول الصيد والذبح يقع بالارسال وهو فعل واحد فيكتفى فيه بتسمية واحدة بخلاف من ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية مذبوحة بفعل آخر فلا بد من تسمية اخرى (وان ارسل الفهد فكمن حتى استمكن ثم اخذ حل) لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد ذلك) اى الكمون فيكون حينئذ بمنزلة الفهد (واو ارسله) اى الكلب (على صيد فقتله ثم اخذ اخر) فقتله (اكلا) جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع (كما لورمى صيدا فاصاب اثنين) اى اصابه وغيره اكلا ولو قتل الاول فمكث عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد اخر لا يؤكل الثانى لانقطاع الارسال اذا لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم (واذا رمى سهمه وسمى اكل ما اصاب ان جرحه) اى السهم لانه ذبح حكمى ولا حل بدون الذبح لما روى عن عدى بن حاتم قال قال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم اذا رميت فسميت فخرقت فكل وان لم تخرق فلا تأكل (وان تركها) اى التسمية (عمدا حرم) اكله لاشتراط التسمية فى كل ذبح حقيقة او حكما بالنص (وان وقع السهم به) اى بصيد (فتحامل) اى تكلف فى المشى حاملا للسهم (اوغاب) الصيد (ولم يقعد) الرمى (عن طلبه) اى الصيد (ثم وجده) اى الصيد (ميتا حل ان لم يكن به جراحة غير جراحة السهم) لقوله عليه الصلاة والسلام لابى ثعلبة اذا رميت سهمك وغاب ثلثة ايام فادركته فكل ما لم ينتن رواه مسلم واما لو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه يظهر حينئذ لموته سببان احدهما موجب لحله والاخر موجب لحرمته فيغلب الموجب للحرمة مع ان الموهوم فى مثل هذا كالمتحقق بدليل قوله عليه الصلاة والسلام لعل هوام الارض قتلته خلافا للشافعى (ولا يحل ان قعد عن طلبه ثم وجده ميتا) لان الاحتراز عن مثله ممكن فلا ضرورة اليه فيحرم وهو القياس فى الكل الا انا تركناه للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه وبقى على الاصل فيما يمكن وفى التبيين وجعل قاضيخان فى فتاواه من شرط حل الصيد ان لا يتوارى عن بصره ثم قال وهذا نص على ان الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه اشار صاحب الهداية بقوله والذى رويناه حجة على مالك فى قوله ان ما توارى عنك اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل وهذا يشير الى انه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عنه لم يؤكل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا اكثر كتب فقه اصحابنا ولو حمل ما ذكره على ما قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يناقض لكنه خلاف الظاهر انتهى لكن يمكن ان يقال ان كلام صاحب الهداية مبنى على ان مدار الحل وعدمه عدم التوارى وذكر الطلب فيما سبق لاعلام ان مجرد

التوارى لايضر بل لابد مع هذا من ان يقعد عن طلبه حتى يتحقق كمال التوارى فانه اذا غاب المرمى ولم يقعد الرامى عن طلبه فوجده ميتا لايعد هذا تواريا وقد اومى اليه صاحب الهداية بقوله الا انا اسقطنا اعتباره اى اعتبار الموهوم مادام فى طلبه ضرورة ان لايعرى الاصطياد عنه وفى النهاية اى عن التغيب عن بصره فى الغياض والمشاجر والبرارى والطير بعد ما اصابه السهم يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره فيسقط اعتباره ضرورة اذا كان فى طلبه لان الطالب كالواجد ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه ولانه لو قعد يكون التوارى بسبب عمله ويمكن الاحتراز عن ذلك التوارى بان يتبع اثره ولا يشتغل بعمل آخر (والحكم فيما جرحه الكلب) بالارسال (كالحكم فيما جرحه السهم) فى جميع ما ذكر (وان رماه) اى الصيد (فوقع فى ماء فمات فيه) اى فى الماء (او) وقع (على سطح او على جبل او شجر او حائط او آجرة ثم تردى منه) الى الارض (فمات حرم) اكله لانه مترديه وهى حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمى اذ الماء مهلك قبل هذا اذا لم يقع الجرح مهلكا فى الحال اما اذا كان مهلكا فوقوعه فى الماء حيا لايضر لان الحيوة الباقية فيه كالحيوة فى المذبوح بعد الذبح فيؤكل وكذا السقوط من علو لاحتمال ان يكون من السقوط لا من الجرح هذا اذا لم يكن الجرح مهلكا فى الحال اما اذا كان مهلكا وبقى فيه من الحيوة بقدر ما فى المذبوح ثم تردى يحل كما فى النهاية (وكذا) يحرم (او وقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او حرف) اى طرف (آجرة فجرح بها) لاحتمال ان احد هذه الاشياء قتله بحده او بترديه وهو ممكن الاحتراز عنه (وان وقع على الارض ابتداء حل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفى اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما اذا امكن التحرز عنه لان اعتباره لا يؤدى الى الحرج فامكن ترجيح المحرم عند التعارض على ما هو الاصل فى الشرع كما فى التبيين (وكذا او وقع على صخرة او آجرة فاستقر عليها) وكذا او وقع على جبل او ظهر بيت ولم يترد منه (ولم ينجرح حل) لان وقوعه على هذه الاشياء وعلى الارض سواء وفى الهداية وذكر فى المنتقى او وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروى من قوله فاستقر عليها فى الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله اى رواية المنتقى شمس الائمة السرخسى على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروى فى الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما او وقع على الارض وانشق بطنه وهذا اى ما قاله شمس الائمة اصح انتهى (وان وقع فى الماء فمات حرم) هذه المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها آنفا فلا فائدة فى ذكرها ثانيا الا ان يقال ذكرها تمهيدا لقوله (وان كان الطير مائيا فوقع فيه) اى فى الماء (فان انغمس جرحه) بضم الجيم (فيه) اى فى الماء (حرم) لاحتمال الموت بالماء وبه قالت الائمة الثلاثة اذا كانت جراحة غير مهلكة اما اذا كانت مهلكة تحل عند الشافعى ومالك (والا) اى وان لم ينغمس جرحه فى الماء (حل) لتيقن الموت بالرمى (ويحرم ما قتله المعراض) وهو اسم لسهم لا ريش له يمر على عرضه فيصيب (بعرضه) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ما اصابه بحده فكل وما اصابه بعرضه فلا تأكل ولانه لابد له من الجرح ليتحقق معنى الذكوة كما فى الهداية (او البندقة) معطوف على المعراض اى يحرم ما قتلته البندقة وهى طينة مدورة ترمى بها لانه يدق ويكسر ولا يجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق (ولم يجرحه) قيد لهما (وان اصابه) اى اصاب الرامى الصيد (بحجر) بان رماه بحجر (وجرحه بحدة) بكسر الحاء بمعنى الحدة كما فى شرح المجمع والظاهر انه بالفتح بمعنى طرفه (فان كان) الحجر (ثقيلا لا يؤكل) لاحتمال انه قتله بثقله (وان كان خفيفا اكل) لتعين الموت بالجرح وان كان خفيفا وجعله اى الجرح طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا لا تحل لانه قتله دقا

كما في الهداية (وان لم يجرحه لايؤكل مطلقا) اى سواء كان ثقيلا اوخفيفا لاشتراط الجرح (واورماه بسيف او بسكين فاصاب ظهره) اى ظهر السيف اوالسكين (اومقبضه) اى مقبض السيف اوالسكين (فقتله لايؤكل) لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء والاصل فى هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولايدرى مات بالجرح او بالثقل كان حراما (احتياطا او شرط فى الجرح الادماء) لقوله عليه الصلاة والسلام ماانهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار (وقيل لايشترط) الادماء لاتيان مافى وسعه وهوالجرح واخراج الدم ليس فى وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد يحتبس لغلظه اولضيق المنفذ بين العروق وكل ذلك ليس فى وسعه (وقيل ان كان الجرح (كبيرا لايشترط) الادماء (وان) كان (صغيرا يشترط) لان الكبير انما لايخرج منه الدم لعدمه والصغير لضيق المخرج ظاهرا فيكون التقصير منه (وان اصاب السهم ظلفه) اى ظلف الصيد بكسر الظاء حافره (اوقرنه فان ادماه حل) اكله (والا فلا) يحل وهذا يؤيد قول من يشترط خروج الدم ولوذبح شاة اوغيرها فتحركت بعد الذبح وخرج منها دم مسفوح تؤكل ولولم يتحرك ولم يخرج الدم لاتؤكل ولولم يتحرك وخرج الدم المسفوح اوتحركت ولم يخرج منها الدم اكلت وان علم حيوتها عند الذبح تؤكل وان لم يخرج الدم ولم يتحرك (وان رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل) الصيد (دون العضو) اى يؤكل صيد قطع عضو منه بالرمى كاليد اوالرجل لانه ذبح بعينه ولايؤكل عضوه المقطوع لقوله عليه الصلاة والسلام ماابين من الحى فهو ميت فقد ذكر عليه الصلاة والسلام الحى مطلقا فينصرف الى الحى الحقيقى وعند الشافعى يؤكلان اذامات الصيد فى الحال والا يؤكل المبان منه لاالمبان (وان قطعه) اى العضو (ولم يبنه فان احتمل التيامه) فات (اكل العضو ايضا) اى كما يؤكل الصيد لانه بمنزلة سائر اجزائه (والا) اى وان لم يحتمل ولم يتوهم التيامه بعلاج ان بقى منه معلقا بجلده (فلا) يؤكل المبان لوجود الابانة معنى والعبرة للمعانى (وان قده) اى شق الصيد طولا وكذا عرضا كما فى القهستانى (نصفين او) قطعه (اثلاثا والاكثر من جانب العجز اكل الكل) اى يؤكل المبان والمبان منه جميعا اذ لايمكن بقاء الحيوة بعد هذا الجرح فلايتناول الحديث بخلاف ما اذا كان الثلثان فى طرف الرأس والثلث فى طرف العجز اذ يؤكل المبان منه لا المبان لامكان الحيوة فى الثلثين فوق حيوة المذبوح بخلاف ما اذا قطع اقل من نصف الرأس اذ يؤكل المبان منه لا المبان لامكان الحيوة المذكورة (وكذا) اكل الكل (لوقطع نصف رأسه او اكثر) للعلة المذكورة (واذا ادرك الصيد حيا) حيوة فوق حيوة المذبوح فلابد من ذكوته) لانه قدر على الاصل وهوذكوة حقيقة قبل حصول المقصود بالبدل وهوذكوة الاضطرار به اذا المقصود هوالاباحة بالذكوة الاضطرارية ولم يثبت قبل موت الصيد فبطل حكم البدل (فان تركها) اى الذكوة (متمكنا) اى قادرا (منها) اى من الذكوة (حرم) لمابيناه آنفا (وكذا) يحرم (لو) تركها (غير متمكن منها) امالفقد الالة اولضيق الوقت ومعه آلة الذبح وفيه من الحيوة فوق مايكون فى المذبوح (فى ظاهر الرواية) لان ذكوة الاضطرار انما تعتبر اذا لم يقع فى يده حيا وهذا وقع فى يده فيسقط اعتبار ذكوة الاضطرار فيه وعن الشيخين وهو قول الشافعى انه يحل اذا كان فيه من الحيوة اكثر مما فى المذبوح بعد الذبح (وان لم يبق من حيوته الامثل حيوة المذبوح) وهو مالايتوهم بقاؤه بعد هذا كما اذا شق بطنه واخرج مافيه (فلم يدركه حيا فيحل) ولاتلزم تذكيته لان مابقى اضطراب المذبوح وفيه اشارة الى انه لومات قبل وصول الذابح او مع وصوله اوبعد وصوله بلافصل اكل وبه نأخذ كما فى القهستانى نقلا عن النظم (وقيل عند الامام لابد من تذكيته ايضا) اى كما يكون فيه

حيوة فوق مايكون فى المذبوح لانه وقع فى يده حيا فلايحل الابذكوة الاختيار (فان ذكاه حل) اجماعا (وكذا ان ذكا المتردية) اى التى سقطت من العلو (والنطيحة) اى التى ماتت من النطح وهوضرب الكبش بالقرن (والموقودة) اى التى قتلت بالخشب (والتى بقر) اى شق (الذئب بطنها وفيه) اى وفى كل واحد من هذه الاربعة (حيوة خفية) اى دون حيوة المذبوح (اوجلية) اى فوق حيوة المذبوح وقيل الخفية بان لم يتحرك ولكن يتنفس بالحيوة والجلية بان يتحرك (حل) اى يحل اكل هذه الاربعة اذا ذكيت (وعليه الفتوى) لقوله تعالى وما اكل السبع الاماذكيتم استثناء مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حى مطلقا ولان المقصود تسييل الدم النجس بفعل الذكوة وقد حصل (وعند ابى يوسف ان كان) احد هذه الاربعة بحيث (لايعيش مثله لايحل) بالتذكية لانه لم يكن موته بالذبح اى مضافا الى الذبح وبه قالت الائمة الثلاثة (وعند محمد ان كان يعيش فوق مايعيش المذبوح حل والا) اى وان لم يكن يعيش فوق مايعيش المذبوح بل كان يعيش مقدارمايعيش المذبوح (فلا) يحل بالتذكية لان قدر حيوة المذبوح غير معتبر (ومن رمى صيدا فاثخنه) اى جعله ضعيفا (واخرجه عن حيز الامتناع) اى صيره الى حال لاينجو من يد الصائد ولكن يرجى حيوته (ثم رماه آخر فقتله حرم) اكله لاحتمال الموت بالثانى وهوليس بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار (وضمن) الثانى (قيمته) اى قيمة الصيد (مجروحا للاول) يعنى الاول ملك الصيد باثخانه والثانى برميه اتلف ملكه فيضمن قيمته معيبا بالجراحة وفى التبيين تفصيل فليطالع قيدنا بقولنا يرجى حيوته لانه لولم يرج حيوته بان قطع بالرمى الاول رأسه اوبقر بطنه اونحوهمسايحل اكله لان الموت مضاف الى الاول لاالثانى كما فى شرح المجمع (وان لم يثخنه الاول) ورماه الثانى فقتله (حل) اكله لانه حين رمى الثانى كان صيدا لقدرته على الامتناع (وهو) اى الصيد (للثانى) لانه هوالذى اخذه واخرجه عن حيز الامتناع وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن اخذ وفى التبيين واورمياه معا فاصابه احدهما قبل الاخر واثخنه ثم اصابه الاخراورماه احدهما اولاثم رماه الثانى قبل ان يصيبه الاول او بعد مااصابه قبل ان يثخنه فاصابه الاول واثخنه اواثخنه ثم اصابه الثانى فقتله فهو للاول ويؤكل وقال زفر لايحل اكله واورمياه معا واصاباه معا فمات منهما فهوبينهما لاستوائهما فى السبب والبازى والكلب فى هذا كالسهم حتى يملكه باثخانه ولايعتبر امساكه بدون الاثخان وتمامه فيه ان شئت فليراجع (ومن ارسل كلبا على صيد فادركه فضربه فصرعه) اى طرحه على الارض (ثم ضربه فقتله اكل وكذا) يؤكل (اوارسل كلبين فصرعه احدهما وقتله آخر) لان الامتناع عن الجرح بعدالجرح لايدخل تحت التعليم فجعل عفوا مالم يكن ارسال احدهما بعدما اثخنه الاول (ولوارسل رجلان كل منهما كلبه فصرعه احدهما وقتله الاخر حل) اكله اذا كان ارسال الثانى قبل ان يثخنه الاول لما بينا (وهو) اى الصيد (للاول) ان كان اثخنه قبل ان يجرحه الثانى لانه اخرجه عن حد الصيدية فملكه به ولايحرم بجرح الثانى بعدما اثخنه الاول لان ارسال الثانى حصل الى الصيد لكونه قبل ان يثخنه لان المعتبر فى الحل والحرمة حالة الارسال لقدرته على الامتناع ولايعتبر بعده لعدم قدرته عليه وعن هذا قال (ولوارسل الثانى بعد صرع الاول حرم) لما بينا ان الارسال اذا كان بعد الخروج عن الصيدية لم يكن موته ذكوة للقدرة على ذكوة الاختيارى (وضمن) الثانى للاول (كما فى الرمى) لتلف الصيد المملوك للاول بارسال الثانى (ومن سمع حسا) اى صوتا خفيفا (فظنه انسانا فرماه اوارسل عليه كلبه فاذا هوصيد اكل) لانه لامعتبر بظنه مع تعينه صيدا كما فى الهداية وذكر فى المنتقى اذا سمع حسا بالليل فظن انه انسان او دابة فرماه فاذا ذلك المرمى صيد واصابه اواصاب صيدا آخر وقتله لايؤكل لانه رماه وهو لايريد الصيد ثم قال ولايحل الصيد الابوجهين

ان يرميه وهو يريد الصيد وان يكون مرميه صيدا سواء كان مما يؤكل اولا وهذا اوجه لان الرمي الى الادمي ونحوه بقصده لايعد صيدا فلايمكن اعتباره واواصاب صيدا وقد قال في الهداية وان تبين انه حس آدمي لايحل المصاب وحل قولاه المختلفان على الروايتين عن ابي يوسف وتمامه في التبيين فليطالع ﴿كتاب الرهن﴾ وجه المناسبة بين كتاب الرهن وكتاب الصيد ان كل واحد منهما سبب لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الداين والمديون وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة و بماروى انه عليه الصلوة والسلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد الاجماع على ذلك لانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة كما في الهداية (هو) اي الرهن لغة الحبس مطلقا قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بجزاء عملها ويقال قلب المحب رهن عند حبيبه وقيل هو جعل الشيء محبوسا اي شيء كان باي سبب كان وقد يطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول بالمصدر وحينئذ يجمع على رهان ورهون ورهن وشرعا (حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه) اي استيفاء الحق (منه) اي من ذلك الشيء (كالدين) اي مثل ما وجب في الذمة حتى اذا ارتهن بمالايمكن استيفاؤه من الرهن كان الرهن باطلا كالرهن بالقصاص والحدود والمراد بالشيء هنا المال ولذا قال البعض هو حبس المال بحق كما قيل هو حبس العين بالدين فصار ذلك خروجا من العموم الى الخصوص و يراد بالحق هنا مايعم الدين الواجب حقيقة و هو ظاهر كالديون في الذمة اوحكما كالاعيان المضمونة بنفسها مثل المغصوب والمهر و بدل الخلع و بدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلي في هذه الاعيان المثل والقيمة وما لهما الى الدين ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته هذا عند الجمهور ويدل على هذا عبارة الضمان فرد العين عند وجودها خلاص عن الدين بخلاف العين الغير المضمونة كالودايع والعواري و بخلاف المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البايع وفي الاصلاح وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق لاحبس الشيء بحق لان الحابس هو المرتهن لاالراهن بخلاف الجاعل اياه محبوسا انتهى وفيه كلام لانه لايرد ذلك لان اللازم في الرهن الشرعي كونه مقبولا ومحبوسا عند المرتهن اوالعدل اذ مجرد جعل الراهن الشيء محبوسا لايفيد بدون مطاوعة المرتهن لانه آخذ الحق منه تدبر (و ينعقد) الرهن (بايجاب) من الراهن بان قال رهنتك هذا المال بدين لك علي (و قبول) من المرتهن كما في ساير العقود حال كون ذلك العقد غير لازم لزوما شرعيا (و يتم بالقبض) اختلف العلماء في القبول قال بعضهم انه شرط وظاهر ماذكر في المحيط يشير الى انه ركن وقال بعضهم الايجاب ركن والقبول شرط اما القبض فشرط اللزوم وفي الذخيرة قال محمد لايجوز الرهن الامقبوضا فقد اشار الى ان القبض شرط الجواز وقال شيخ الاسلام شرط اللزوم و به قال اكثر العلماء والاول اصح كما في الهداية وفي الكنز ولزم بايجاب وقبول و يتم بقبضه انتهى وهو مذهب مالك و في التبيين وهذا سهو فان الرهن لايلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة ولكنه ينعقد بهما فيلزم به انتهى لكن يمكن الجواب بان المراد باللزوم هو الانعقاد يدل عليه قوله و يتم بقبضه فانه لواراد ماهو الظاهر منه لماقال انه يتم به اذ اللازم لايحتاج في تمامه الى شيء آخر تدبر (محوزا) اي يتم بالقبض حال كونه مجموعا احترازا عن رهن الثمر على الشجر و رهن الزرع في الارض لان المرتهن لم يحزه اي لم يجمعه ولم يضبطه حال كونه (مفرغا) عن ملك الراهن وهواحترازعن عكسه وهو رهن الشجر دون الثمر ورهن الارض دون الزرع ورهن دار فيها متاع الراهن حال كونه (مميزا) عن اتصاله بغيره اتصال خلقة وهواحتراز عن رهن المشاع كرهن نصف العبد اوالدار وفي الدرر وهذه المعاني هي المناسبة لهذه الالفاظ لاماقيل ان الاول احترازعن رهن المشاع والثاني عن المشغول والثالث

من رهن ثمر على الشجر دون الشجر كما لايخفى على اهل النظر تدبر (والتخلية) هى ان يخلى بين الرهن والمرتهن (فيه) اى فى الرهن (وفى البيع قبض) اى فى حكم قبض المرتهن وبه قال الشافعى ومالك حتى اذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم يأخذه فضاع ضمن المرتهن كما ان التخلية فى المبيع قبض كذلك هذا فى ظاهر الرواية لان الراهن يقدر على التخلية دون القبض الحقيقى لكونه فعل الغير فلا يكلف به ولذا قيل التخلية تسليم الا ان ذكر القبض هنا ابلغ وانسب من التسليم لان القبض كان منصوصا فيه فصار مخصوصا به كما فى الهبة والصدقة وعن ابى يوسف ان القبض لايثبت بهما فى المنقول الا بالنقل كما فى الغصب لان القبض هو موجب للضمان قيل القياس على البيع المشروع اولى من القياس على الغصب الممنوع وفى المنح فان قلت ينبغى ان لاتكفى التخلية فى قبض الرهن اذ القبض منصوص عليه فى الرهن بخلاف البيع وقد استدل المشايخ على شرطية القبض فى الرهن بقوله تعالى فرهان مقبوضة فانه امر بالرهن لان المصدر متى قرن بالفاء فى محل الجزاء يراد به الامر كما وقع فى كثير من القرآن والاصل ان المنصوص يراعى وجوده على اكمل الجهات قلنا اجيب عنه بان المنصوص انما يراعى وجوده على اكمل الجهات اذا نص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص فلا يجب ان يراعى وجوده كما ذكر فان التراضى فى البيع منصوص عليه بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فلو صح ما قال المعترض لبطل بيع المكره ولم ينفذ وليس كذلك انتهى لكن لانسلم هذه الملازمة بل اللازم من صحة ما قال المعترض هو ثبوت صحة البيع بالرضاء فى الجملة على قياس التخلية فى الرهن فانها قبض فى الجملة كما فى البيع والهبة تدبر (وللراهن ان يرجع عنه) اى عن الرهن (قبل القبض) لكونه غير تام وغير لازم قبل القبض (فاذا قبض لزم الرهن) لما قررناه آنفا فلا رجوع بعده (وهو) اى الرهن (مضمون بالاقل من قيمته) اى الرهن (ومن الدين) اذا هلك والاقل اسم تفضيل استعمل باللام وكلمة من ليست تفضيلية بل بيانية والمعنى بالاقل الذى هو من هذين المذكورين ايهما كان وقال الشافعى الرهن كله امانة فى يد المرتهن فلا يسقط شئ من الدين بهلاكه لقوله عليه الصلاة والسلام لايغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له اى لايحتبس الرهن عند المرتهن بل للراهن ان اخذه بقضاء الدين فكان ذلك فى الجاهلية انهم اذا اشترطوا اذا لم يرد الدين الى هذه كذا يكون الرهن ملكا للمرتهن فابطل رسول الله عليه الصلاة والسلام ذلك بقوله لايغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه اى للراهن الزوائد وعليه غرمه اى او هلك كان الهلاك على الراهن قال معناه لايصير مضمونا بالدين ولنا قوله عليه الصلاة والسلام المرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه الصلاة والسلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك الرهن واجماع الصحابة والتابعين رضى الله تعالى عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام لايغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلى بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخى عن السلف وعن النخعى فى رجل دفع الى رجل رهنا واخذ درهما فقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن لك فقال ابراهيم لايغلق الرهن فجعله جوابا للمسئلة وتمام تحقيقه فى شروح الهداية وغيرها تتبع (فلو هلك) كل الرهن فى يد المرتهن (وهما) اى الرهن والدين (سواء) اى متساويان فى المقدار (صار المرتهن مستوفيا لدينه) حكما فلا يطلب المرتهن من الراهن ولا الراهن من المرتهن شيئا (وان كانت قيمته) اى الرهن (اكثر) من الدين (فالزائد امانة) فى يد المرتهن لما روى عن على رضى الله تعالى عنه انه قال المرتهن امين فى الفضل ولان المضمون يقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين فلا يدخل الفضل فى ضمانه خلافا لزفر اذ عنده مضمون بقيمته الهلاك لا بالاقل منهما فيدخل الفضل فى ضمانه بالهلاك لان الفضل عن الدين مرهون لكونه محبوسا به فيكون مضمونا (وان كان الدين اكثر) من قيمة الرهن (سقط منه) اى من

الدين (قدر القيمة) اى قيمة الرهن (وطولب الراهن بالباقى) من الدين مثلا اذا كان الدين مائة درهم والرهن ايضا يساوى مائة درهم فهلك من غير تعد صار المرتهن مستوفيا دينه حكما ولا يبقى له مطالبة على الراهن فان كان الرهن يساوى مائة وخمسين درهما مثلا فالخمسون امانة فى يده فلا يضمنها الا بالتعدى وان كان الرهن يساوى تسعين يصير المرتهن مستوفيا من دينه تسعين درهما ويرجع على الراهن بعشرة دراهم (وتعتبر قيمته) اى قيمة الرهن (يوم القبض) وفى المنح نقلا عن الخلاصة وحكم الرهن انه اوهلك فى يد المرتهن اوالعدل ينظر الى قيمته يوم القبض والى الدين فان كانت قيمته مثل الدين سقط الدين بهلاكه الى آخر ماقاله وفى التبيين ان ضمان الرهن على المرتهن يخالف ضمان الاجنبى فانه تعتبر قيمته يوم القبض بخلاف مااواتلفه اجنبى فان المرتهن يضمنه قيمته ويكون رهنا عنده والواجب هنا فى المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه ثم بحث وقال وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ماانتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض لابتراجع السعر انتهى اذاتقرر هذا ظهر لك انما ذكره صاحب الفوائد من قوله المعتبر قيمة الرهن يوم الهلاك لقولهم انه امانة فيه الى آخر ماقاله مخالف لصريح المنقول انتهى وفى التنوير المقبوض على سوم الرهن اذالم يبين المقدار اى مقدار مايريد اخذه من الدين ليس بمضمون من الدين فى الاصح (ويهلك) الرهن (على ملك الراهن فكفنه) اى كفن العبد الرهن اوالامة المرهونة (عليه) اى على الراهن لانه ملكه حقيقة وهو امانة فى يد المرتهن حتى اذااشتراه لاينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لانه قبض امانة فلاينوب عن قبض الضمان واذاكان ملكه فات كان عليه كفنه (وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه) لان هلاك الرهن لايسقط طلب الدين (ويحبسه به) اى يحبس المرتهن الراهن بدينه (وان) وصلية (كان الرهن عنده) لان حقه باق بعد الرهن والحبس جزاء الظلم فاذاظهر مطله عند القاضى يحبسه دفعا للظلم وهو المماطلة (وله) اى للمرتهن (ان يحبس الرهن بعد فسخ عقده) اى عقد الرهن (حتى يقبض دينه الاوقت ان يبريه) اى المرتهن عن الدين لان الرهن لايبطل بمجرد الفسخ بل برده على الراهن بطريق الفسخ فانه يبقى مابقى القبض والدين (وليس عليه) اى على المرتهن (ان كان الرهن فى يده) اى المرتهن (ان يمكن الراهن من بيعه) اى من بيع الرهن (للايفاء) يعنى لواراد الراهن ان يبيع الرهن ليقضى الدين بثمنه لايجب على المرتهن ان يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الى ان يقضى الدين فكيف يصح القضاء من ثمنه (وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن) باستخدام ولا بسكنى ولا بلبس الا باذن المالك لان حق المرتهن الحبس الى ان يستوفى دينه دون الانتفاع (ولا اجارته ولا اعارته) اى ليس للمرتهن الانتفاع باجارة او باعارة اذا لم يكن له الانتفاع بنفسه فلايكون له ان يسلط الغير عليه الا باذن الراهن وفى المنح وعن عبدالله بن محمد بن مسلم السمرقندى وكان من كبار علماء سمرقند ان من ارتهن شيئا لايحل له ان ينتفع بشئ منه بوجه من الوجوه وان اذن الراهن لانه اذن له فى الربا لانه يستوفى دينه كاملا فتبقى له المنفعة التى استوفى فضلا فيكون ربوا وهذا امر عظيم كذا رأيت منقولا بهذا اللفظ وعزاه الى الجامع لمجد الائمة السرخسى قلت وهو مخالف لكلام عامة المعتبرات ففى الخانية رجل رهن شاة واباح للمرتهن ان يشرب لبنها كان للمرتهن ان يشرب ويأكل ولايكون ضامنا وفى الفوائد الزينية اباح الراهن للمرتهن اكل الثمار فاكلها لم يضمن ثم قال يكره للمرتهن الانتفاع بالرهن باذن الراهن وان اذن له فى السكنى فلا رجوع بالاجرة انتهى فليحمل ماتقدم على الديانة وما فى سائر المعتبرات على الحكم (ويصير بذلك) اى يصير المرتهن بالانتفاع قبل الاذن (متعديا) اذ هو غير مأمور به من جهة المالك (ولا يبطل به) اى بالتعدى (الرهن) لبقاء العقد قبل استيفاء الدين (واذا طلب

(المرتهن دينه امر باحضار الرهن) اولا ان لم يكن للرهن مؤنة حمل بقرينة الآتى ليعلم انه باق ولان قبضه قبض استيفاء فلا وجه لقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لان هلاكه يحتمل فاذا هلك فى يد المرتهن تكرر الاستيفاء (فاذا احضره) اى المرتهن الرهن (امر الراهن بتسليم كل دينه اولا) ليتعين حق المرتهن فى الدين كما يعين حق الراهن فى الرهن الحاضر تحقيقا للتسوية بينهما (ثم امر المرتهن بتسليم الرهن) كامر البائع بتسليم المبيع بعد تسليم المشترى الثمن (وكذا) اى وكذا الحكم فيه مثل الحكم فيما تقدم (لو طالبه) المرتهن (بالدين فى غير بلد العقد) اى عقد الرهن (ولم يكن للرهن حمل ومؤنة) فان الاماكن فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس لحمله مؤنة (فان كان له) اى للرهن (حمل ومؤنة فله) اى للمرتهن (ان يستوفى دينه بلا) تكليف (احضار الرهن) لان الواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان وللراهن ان يحلف المرتهن بالله ما هلك (وكذا) اى للمرتهن ان يستوفى دينه من الرهن (ان كان الرهن وضع عند عدل) بامر الراهن (ولا يكلف باحضاره) لكونه فى يد الغير بامر الراهن (و) لا يكلف ايضا المرتهن (باحضار ثمن رهن باعه) اى الرهن (المرتهن بامر الراهن حتى يقبضه) اى الثمن من المشترى لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل (ولا) يكلف ايضا (ان قضى بعض حقه بتسليم حصته حتى يقبض الباقى) من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى حبس المبيع (وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) اجيره مشاهرة او مسانهة لان العبرة بالمساكنة لا بالنفقة حتى ان الزوجة لو دفعت الرهن الى الزوج لا يضمن ان هلك مع ان الزوج ليس فى نفقتها (فان حفظه) اى المرتهن الرهن (بغيرهم) اى بغير المذكورين (او اودعه) اى المرتهن عند آخر (فهلك ضمن) المرتهن (كل قيمته) لان المالك ما اذن له فى ذلك فيضمن جميع قيمته كالمغصوب لكونه متعديا وهل يضمن المودع الثانى فهو على الخلاف الذى بيناه فى مودع المودع ثم ان قضى بقيمة الرهن فيما اذا تعدى المرتهن عليه من جنس الدين يلتقيا قصاصا بمجرد القضاء بالقيمة اذا كان الدين حالا وطالب المرتهن الراهن بالفضل ان كان هناك فضل وان كان الدين مؤجلا يضمن قيمة الرهن وتكون القيمة رهنا عند المرتهن فاذا حل الاجل اخذه المرتهن بدينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنسه كان الضمان رهنا عنده الى قضاء دينه لانه بدل الرهن فاخذ حكمه (وكذا) يضمن جميع قيمته (ان تعدى فيه) اى فى الرهن صريحا كما فى الغصب لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالاتلاف (او جعل الخاتم) الرهن (فى خنصره) فهلك يضمن جميع قيمته لانه استعمال (فان جعله) اى الخاتم والظاهر بالواو لا بالفاء (فى اصبع غيرها) اى غير الخنصر (فلا) يضمن لان ذلك يعد حفظا فظهور التعدى فى الاول دون الثانى مبنى على العادة ولو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظا فلا يضمن وكذا يضمن بتقلد سيف الرهن لانه ايضا استعمال لا الثلاثة فانه حفظ فان الشجعان يتقلدون فى العادة بسيفين لا الثلاثة (وعليه) اى على المرتهن (مؤنة حفظه) اى الرهن اى ما يحتاج فى حفظ نفس الرهن (و) مؤنة (رده) اى رد الرهن (الى يده) اى الى يد المرتهن ان خرج من يده كجعل الآبق ان كان قيمة الرهن مثل الدين وان كانت اقل منه فالمؤنة عليه ايضا بطريق الاولى ولذا لم يتعرض له (و) كذا مؤنة (رد جزئه) الى يد المرتهن بان تبيض عين الرهن او يحدث به مرض آخر فداواه على المرتهن لان الامساك حق له واجب عليه فتكون المؤنة عليه (كاجرة بيت حفظه او) اجرة (حافظه) وفى الهداية هذا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا

القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه يحتاج الى اعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده وكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة فى يده والرد لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذى ذكرناه فان كلها يجب على المرتهن وان كان فى قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك اى اجرة البيت بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون وعن هذا قال (واما جعل الآبق والمداواة) اى مداواة القروح ومعالجة الامراض (والفداء من الجناية فنقسم على المضمون والامانة) يعنى ما كان من حصة المضمون فعلى المرتهن وما كان من حصة الامانة فعلى الراهن اذا تقرر عندك مانقلنا من الهداية لايخفى عليك ما فى المتن من الاختلال ولو قال وعليه مؤنة حفظه كاجرة بيت حفظه وحافظه وان كان فى قيمة الرهن فضل وعليه مؤنة رده الى يده او رد جزئه اذا كانت قيمته والدين سواء واما اذا كانت اكثر منه اى من الدين فنقسم على المضمون والامانة كالفداء من الجناية كما فى اكثر المعتبرات لكان اسلم تدبر (ومؤنة تبقيته) اى جعل الرهن باقيا (و) مؤنة (اصلاحه) اى اصلاح منفعته (على الراهن كالنفقة) من مأكله ومشربه (والكسوة واجرة الراعى واجرة ظئر ولد الرهن) هذه امثلة مؤنة التبقية (وسقى البستان وتلقيح نخله) اى نخل البستان (وجذاذه) اى التمر من النخل (والقيام بمصالحه) كاصلاح جداره وقلع الحشيش المضر وغيرهما هذه امثلة المؤنة لاصلاح منافعه الاصل فيه ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل اولا لان العين باقية على ملكه وكذا منافعه مملوكة له اصلا وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما فى الوديعة (وما اداه احدهما) اى الراهن او المرتهن (مما وجب على صاحبه بلا امر) اى بغير امر القاضى (فهو متبرع) فيما اداه كما اذا قضى دين غيره بغير امره (و) ما اداه مما وجب على صاحبه (بامر القاضى يرجع المؤدى به) اى بما اداه وقيده صاحب المنح فى متنه بقوله ويجعله دينا على الاخر وقال وحينئذ يرجع عليه بمجرد امر القاضى من غير تصريح بجعله دينا عليه لايرجع كما فى التبيين نقلا عن المحيط وفى النهاية نقلا عن الذخيرة فعلى هذا لو قيده المصنف كما فى التنوير لكان اولى تدبر (وعن الامام انه لايرجع به ايضا) اى كما لايرجع به اذا اداه بلا امر صاحبه (ان كان صاحبه حاضرا) وان كان بامر القاضى لانه يمكنه ان يرجع الآمر الى القاضى فيأمر صاحبه بذلك وقال ابو يوسف يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر لان القاضى لايلى الحاضر ولا ينفذ امره عليه فلو نفذ امره عليه لصار محجورا عليه ولا يملك الحجر عنده وعند ابى يوسف يملك فينفذ امره عليه كما فى التبيين قال صاحب المنح لو قال الراهن الرهن غير هذا وقال المرتهن بل هذا هو الذى رهنته عندى فالقول للمرتهن لانه هو القابض والقول للقابض بخلاف ما اذا ادعى المرتهن رده على الراهن حيث لايقبل قوله لان ذلك شان الامانات الغير المضمونة والرهن مضمون على المرتهن وفى التاتارخانية ويصدق المرتهن فى دعوى الهلاك ولايصدق فى دعوى الرد وفى شرح المجمع اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ولم يقم البينة عليه ضمنه عندنا سواء كان الرهن من الاموال الظاهرة او الباطنة خلافا لمالك فى الباطنة وفى البزازية زعم الراهن هلاكه عند المرتهن وسقوط الدين وزعم المرتهن انه رده اليه بعد القبض وهلك فى يد الراهن فالقول للراهن فان برهنا فللراهن ايضا ويسقط الرهن لاثباته الزيادة وان زعم المرتهن انه هلك فى يد الراهن قبل قبضه فالقول للمرتهن وان برهنا فللراهن لاثباته الضمان اذن للمرتهن فى الانتفاع بالرهن ثم هلك الرهن فقال الراهن هلك بعد ترك الانتفاع وعوده للراهن وقال المرتهن هلك حال الانتفاع فالقول للمرتهن فلايصدق الراهن فى العود الابحجة رهن عبدا يساوى الفا بالف فوكل

المرتهن بالبيع فقال المرتهن بعته بنصفها وقال الراهن لا بل مات عندك يحلف الراهن بالله مايعلم انه باعه ولايحلف بالله مامات عنده فاذا حلف سقط الدين الا ان يبرهن على البيع اذن الراهن للمرتهن في لبس ثوب مرهون يوما فجاء به المرتهن متخرقا وقال تخرق في لبس ذلك اليوم وقال الراهن مالبسته في ذلك اليوم ولاتخرق به فالقول للراهن وان اقر الراهن باللبس فيه ولكن قال تخرق قبل اللبس و بعده فالقول للمرتهن ويجوز للمرتهن السفر بالرهن اذا كان الطريق امنا وان كان له حمل ومؤنة عند الامام كالوديعة وعند محمد ليس له ان يسافر بالرهن والوديعة ايضا اذا كان له حمل ومؤنة وتمامه في المنح فليراجع

﴿باب مايجوز ارتهانه والرهن به ومالايجوز﴾

لما ذكر مقدمات الرهن شرع في تفصيل مايجوز رهنه ومالايجوز اذ التفصيل بعد الاجمال (لايصح رهن المشاع وان) وصلية كان المشاع (ممالايحتمل القسمة) بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لايحتمل القسمة (او) كان (من الشريك) هذا عندنا لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن ويد الاستيفاء في الجزء الشايع لايثبت لان شرط الصحة هو التميز ولم يتحقق وقال الشافعي يجوز فيما يصح فيه البيع وهو قول مالك واحمد لان موجب الرهن استحقاق البيع في الدين والمشاع يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم (ولو طرأ) الشيوع بعد الارتهان (فسد) عند الطرفين وقيل انه باطل لايتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا ولم يكن القابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لاشرط جوازه وصورة الشيوع الطارى ان يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض واذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه انه يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وهو الصحيح كما في المنح (خلافا لابي يوسف) لانه لايمنع لان حكم البقاء اسهل من الابتداء فاشبه الهبة وانما فسد لان هذا الشيوع راجع الى محل الرهن وما يرجع الى المحل فالبقاء كالابتداء وقد قالوا باستثناء الهبة من هذا الاصل لانها لاتحتاج الى القبض الا عند العقد بخلاف الرهن فان حكمه دوام القبض فعلى هذا اندفع ماقاله ابو المكارم من ان وجهه على مافي الهداية وغيرها ان الكلام في محل الرهن فالبقاء والابتداء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ولايخفى انه منقوض بالهبة فان الشيوع فيهما مانع ابتداء لابقاء فالوجه الاليق بالمقام هو بيان الفرق بين الرهن والهبة انتهى تدبر واعلم ان ماقبل البيع قبل الرهن الا في اربعة بيع المشاع جائز لا رهنه بيع المشغول جائز لا رهنه بيع المتصل بغيره جائز لا رهنه بيع المعلق عتقه بشرط قبل وجوده في غير الدين جائز لا رهنه كما في شرح الاقطع (ولا) يصح (رهن الثمر على الشجر بدون الشجر ولا) يصح رهن (الزرع في الارض بدونها) اي بدون الارض لما مر ان القبض شرط في الرهن ولايمكن قبض المتصل بغيره وحده فصار في معنى المشاع (ولا) يصح رهن (الشجر والارض مشغولين بالثمر والزرع دون الثمر والزرع) لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس برهن لم يجز لانه لايمكن قبض المرهون وحده وعن الامام ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار بدون البناء لان البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن كما في الهداية (ولو رهن الشجر بمواضعها جاز) لانه رهن الارض بما فيها من الشجر وذلك جائز ومجاورة ماليس برهن لايمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز فلاضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لايدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولايدخل في البيع و يدخل البناء والغرس في رهن الارض اي لو قال رهنتك هذه الدار او هذه القرية واطلق القول ولم يخص شيئا دخل البناء والغرس (او) رهن (الدار بما فيها) اي

فى الدار (جاز) وفى الهداية واواستحق بعضه ان كان الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقى رهنا بحصته والابطل كله لان الرهن جعل كانه ماورد الاعلى الباقى ويمنع التسليم كون الراهن اومتاعه فى الدار المرهونة وكذا متاعه فى الوعاء المرهونة ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلايتم حتى يلقى الحمل لانه شاغل بها بخلاف مااذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا فى دار اووعاء دون الدار اوالوعاء بخلاف مااذا رهن سرجا على دابة او لجاما فى رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمر للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر (ولايجوز رهن الحر والمدبر وام الولد والمكاتب) لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء من هؤلاء متعذر لاستحقاقهم الحرية فصاروا كالحر (ولا) يجوز الرهن (بامانات) كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة لانها ليست بمضمونة (ولا) يجوز الرهن (بالدرك) صورته باع وسلم الى المشترى فخاف المشترى من الاستحقاق فاخذ الثمن رهنا فهذا الرهن باطل والكفالة به جائزة والفرق انه شرع للاستيفاء ولااستيفاء الافى الواجب فلا يحتمل الاضافة والتعليق واما الكفالة فهى التزام بغير عوض وذلك يحتملهما كالتزام الصوم والصلاة (ولا) يجوز الرهن (بما هو مضمون بغيره كالمبيع فى يد البايع) فانه مضمون بالثمن حتى لو هلك ذهب بالثمن فلايجب على البايع شئ فالرهن لايجوز الابالاعيان المضمونة بنفسها كما مر ولا يجوز بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن وان هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شئ لانه لااعتبار بالباطل فلايجب على المشترى شئ وقال شيخ الاسلام انه فاسد لان المبيع والرهن مال والفاسد ملحق بالصحيح بالاحكام وفى المبسوط انه جاز الرهن فيضمن بالاقل من قيمته ومن قيمة العين وبه اخذ الفقيه ابوسعيد البردعى وابو الليث قيل الاعيان ثلاثة عين غير مضمونة اصلا كالامانات وعين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه وعين غير مضمونة بنفسها بل مضمونة بغيرها هو سقوط الثمن فصار هذا التسمية بالعين المضمونة بالغير (ولا) يجوز الرهن (بالكفالة بالنفس) اى لايجوز رهن الكفيل شيئا عند المكفول له ليسلم نفس المكفول به اليه لان استيفاءه من الرهن متعذر وفى الخانية رجل تكفل عن رجل بمال ثم ان المكفول عنه اعطى الكفيل رهنا ذكر فى الاصل انه لوكفل بمال مؤجل على الاصل فاعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جاز الرهن ولوكفل رجل على انه ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذى عليه وهو الف درهم ثم اعطاه المكفول عنه بالمال رهنا الى سنة كان الرهن باطلا وكذا لوكان الكفيل قال للطالب فى الكفالة ان مات فلان ولم يؤد المال فهو على ثم اعطاه المكفول عنه رهنا لم يجز (ولا) يجوز الرهن (بالقصاص فى النفس ومادونها) عند ولى القصاص ائلا يمتنع عما وجب عليه لما مر من ان استيفاء القصاص من الرهن غير ممكن بخلاف الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا بالشفعة) اى لايجوز رهن البايع والمشترى عند الشفيع ليسلم الدار بالشفعة لان استيفاء المبيع من الرهن غير ممكن اذ لوهلك المبيع لايلزمه الضمان (ولا) يجوز (باجرة النائحة والمغنية) لان الاجارة على ذلك باطلة شرعا فالرهن ايضا باطل لكونه فى مقابلة غير جائز اصلا (ولا) يجوز رهن المولى شيئا (بالعبد الجانى او) العبد (المديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك العبد لايجب على المولى شئ فاذا لم يصح الرهن فى هذه الصور فللراهن ان يأخذ الرهن من المرتهن حتى لو هلك الرهن فى يد المرتهن قبل الطلب يهلك بلاشئ اذ لاحكم للباطل فيبقى القبض باذن المالك (ولايجوز للمسلم رهن الخمر ولاارتهانها من مسلم اوذمى) لان المسلم لايملك الايفاء اذا كان راهنا ولايملك الاستيفاء اذا كان مرتهنا وكذا الحال فى الخنزير (ولايضمن له) اى للمسلم (مرتهنها) اى مرتهن الخمر (ولو) وصلية (ذميا) اى اذا كان المرتهن ذميا لم يضمنها كما لا يضمنها بالغصب منه لانها

ليست بمال فى حق المسلم (ويضمنها هو) اى المسلم او ارتهنها (من ذمى) اى اذا كان الراهن ذميا والمرتهن مسلم فهلك فى يد المرتهن يضمن المسلم الخمر للذمى لانها مال متقوم فى حقه فتصير الخمر مضمونة على المسلم للذمى باقل من قيمتها ومن الدين كما يضمنها بالغصب (ويصح) الرهن (بالدين ولو) وصلية (موعودا بان رهن) شيئا من شخص (ليقرضه كذا) من المال وعند الائمة الثلاثة لايصح الرهن به (فلو هلك) هذا الرهن (فى يد المرتهن لزمه) المرتهن دفع (ماوعد للراهن) اى ان رهن ليقرضه الف درهم مثلا وهلك الرهن فى يد المرتهن قبل ان يقرضه فالغائب على المرتهن تسليم الالف الموعود الى الراهن جبرا لان الموعود جعل موجودا حكما باعتبار الحاجة لانه مقبوض من جهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه (ان كان الدين مثل قيمته) اى الرهن (او اقل منها) اما اذا كان الدين اكثر من قيمة الرهن فعليه قدر قيمته هذا اذا سمى قدر الدين فان لم يسمه بان رهنه على ان يعطى شيئا فهلك فى يده يعطى المرتهن الراهن ماشاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه اليه وقال محمد لايصدق فى اقل من درهم والمصنف لم يلتفت الى هذا لانه غير متعارف كما قاله ابو المكارم لكن لانسلم ذلك لان المصنف قد ذكر حكمه فيما سبق وهو قوله وان كان الدين اكثر سقط منه قدر القيمة وطولب الراهن بالباقى تدبر وروى عن ابى يوسف اذا قال لغيره اقرضنى وخذ هذا الرهن ولم يسم القرض فاخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع الرهن فعليه قيمة الرهن فى الدين الموعود بالغة مابلغت كالمقبوض على سوم الشراء وفى البزازية والحاصل فى الرهن بالدين الموعود ان المستقرض اذا سمى شيئا ورهن به وهلك الرهن قبل الاقرا ض ضمن الاقل من القيمة ومن المسمى وان لم يكن سمى شيئا اختلف فيه الامام الثانى ومحمد لكن قد قررناه نقلا عن التنوير ان المقبوض على سوم الرهن اذا لم يبين المقدار ليس بمضمون فى الاصح تتبع (و) يصح الرهن (برأس مال السلم وثمن الصرف) قبل الافتراق ولم يصح عند زفر وهو قول الائمة الثلاثة لانه استبدال ورد بان الاستبدال اخذ صورة ومعنى والاستيفاء فى الرهن اخذ معنى فان العين امانة والمضمون هو المالية كما فى القهستانى (وبالمسلم فيه) قبل الافتراق وبعده وعن زفر فيه روايتان ثم اشار الى مايظهر فيه فائدة جواز الرهن بالاشياء المذكورة بالفاء بقوله (فان هلك) الرهن (فى مجلس العقد قبل الافتراق فقد استوفى) اى صار المرتهن مستوفيا (حكما) لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية فيتم السلم والصرف (وان افترقا) اى المتعاقدان (قبل النقد) اى قبل نقد رأس المال وثمن الصرف (وقبل الهلاك) اى هلاك الرهن (بطل العقد فيهما) لعدم القبض حقيقة ولا حكما فان المرتهن لم يصر قابضا لحقه الا بالهلاك (والرهن بالمسلم فيه رهن ببدله اذا فسخ) اى اوتفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به والقياس ان لا يحبسه به لانه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن باحدهما رهنا بالاخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وباحدهما رهن فقضى الذى به الرهن او ابرأه منه ليس له حبسه بالدين الاخر وجه الاستحسان انه ارتهن لحقه الواجب بسبب العقد الذى جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فتكون محبوسا به لانه بدله فقام مقامه اذا الرهن بالشئ يكون رهنا ببدله كما اذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته (وهلاكه) اى هلاك الرهن (بعد الفسخ هلاك بالاصل) اى هلاك الرهن بعد التفاسخ هلاك الرهن بالمسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره وهو رأس المال كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن (ويصح الرهن) بالاعيان المضمونة بنفسها

اى بالمثل (اوبالقيمة كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم عمد) فان هذه الاشياء يجب تسليم عينها عند قيامها اذ لا يجوز البدل عند وجود الاصل وعند هلاكها يجب الاتيان بمثلها ان كان لها مثل او بقيمتها ان لم يكن لها مثل فاذا هلك الرهن عند قيام العين فى يد الراهن يقال له سلم العين وخذ من المرتهن الاقل من قيمة العين ومن قيمة الرهن لان الرهن مضمون عندنا واذا هلك العين قبل هلاك الرهن يصير الرهن رهنا بقيمة العين المضمونة ثم اذا هلك الرهن يهلك بالاقل من القيمة ومن قيمة الرهن (و) يصح الرهن (ببدل الصلح عن انكار وان) وصلية (اقر المدعى بعدم الدين) صورته لو ادعى رجل على رجل دينا الف درهم مثلا فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على الانكار واعطاه بها رهنا يساوى خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا ان لا دين عليه فان المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر وعن ابى يوسف خلافه اى ليس عليه ان يرد شيئا (ولو رهن الاب لدينه عبد طفله جاز) لانه يملك ايداعه وهذا انظر منه فى حق الصبى لانه اذا هلك يهلك مضمونا والوديعة امانة ولو كان الولد كبيرا لا يجوز للاب ان يرهن ماله بدين على نفسه الا باذنه (وكذا الوصى) اى الوصى مثل الاب فى الحكم المذكور وعن ابى يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكان كالايفاء حقيقة ووجه الاستحسان ان فى حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال وفى الرهن حفظ مال الصغير فى الحال مع بقاء ملكه فيه (فان هلك) العبد الرهن (ضمنا) اى الاب والوصى (مثل ما سقط به) اى بالرهن (من دينهما) اى من دين الاب والوصى ولا يضمنان الفضل ان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين لانه امانة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع وذكر التمرتاشى ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصى بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبى بخلاف الوصى وفى الذخيرة التسوية بينهما فى الحكم وقال لا يضمنان الفضل لما مر من انه امانة وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لانه موكل على بيعه وهما يملكانه (ولو رهن الاب) متاع الصغير (من نفسه او من ابن آخر صغير له) اى للاب (او من عبد له) اى للاب (تاجر لا دين عليه صح) لوفور شفقته نزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين فى هذا العقد كما فى بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفى العقد (بخلاف الوصى) اى لو ارتهنه الوصى من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق اليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفى العقد فى الرهن كما لا يتولاهما فى البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة فى حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه اى الوصى (بخلاف ابنه الكبير وابيه) اى اب الوصى وعبده الذى عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة فى الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصى لليتيم فى كسوته او طعامه ورهن به متاعه) اى متاع اليتيم (صح) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى للوصى التجارة تثميرا للمال ولا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء (وليس للطفل اذا بلغ نقض الرهن فى شئ من ذلك ما لم يقض الدين) لوقوعه لازما من جانبه ولو كان الاب رهنه فقضاه الابن رجع به فى مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه الاب يصير قابضا دينه بماله فله ان يرجع عليه (ولو رهن شيئا بثمن عبد فظهر) العبد (حرا او بثمن خل) فظهر الخل (خمرا او بثمن ذكية فظهرت ميتة فالرهن مضمون) لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وهو كاف لانه آكد من الدين الموعود (وجاز رهن

الذهب والفضة وكل مكيل وموزون) لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (وان رهنت بجنسها وهلاكها بمثلها من الدين ولاعبرة للجودة) لانها ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية وهذا عند الامام فان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة (وعندهما هلاكها بقيمتها ان خالفت وزنها فتضمن بخلاف الجنس وتجعل رهنا مكان الهالك) قالوا وعندهما ان لم يكن في اعتبار الوزن اضرارا باحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه اى يكون هلاكها بمثلها من الدين عند الامام وان كان فيه الحاق ضرر باحدهما بان كانت قيمته اكثر من وزنه او اقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه ثم يجعل ما ضمن رهنا مكانه و يكون دينه على حاله لانه لاوجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدى الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وفي النهاية والتبيين تفصيل فليراجعهما (ومن شرى) شيئا (على ان يعطى بالثمن رهنا بعينه او كفيلا بعينه صح استحسانا) لانه شرط ملايم للعقد اذ الرهن والكفالة للاستيثاق وهو يلايم الوجوب وفي القياس لايجوز لكونه صفقة في صفقة وهى منهى عنه واذا كان الرهن او الكفيل غائبا يفوت معنى الاستيثاق لان المشترى ربما رهن شيئا حقيرا او يعطى كفيلا فقيرا لايعد من الاستيثاق فيبقى العقد بشرط غير ملايم فيفسده قياسا واستحسانا اما لو كان الكفيل غائبا فحضر في المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن في المجلس او نقد المشترى الثمن حالا جاز و بعد المجلس لايجوز (فان امتنع) المشترى (عن اعطائه) اى اعطاء الرهن (لايجبر) المشترى على اعطائه عندنا لان عقد الرهن تبرع ولاجبر على التبرعات وقال زفر يجبر عليه لان الرهن صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن فيلزم الرهن بلزومه (و) يثبت (للبائع) الخيار ان شاء (فسخ البيع) ان ابى عن اعطاء الرهن وان شاء ترك الرهن لانه وصف مرغوب في العقد وما رضي (الا به) فيتخير بفواته (ان دفع) المشترى (الثمن حالا) فحينئذ لايفسخه لحصول المقصود وهو الاثمان في العقود (او) دفع (قيمة الرهن رهنا) لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة (ومن شرى شيئا وقال) المشترى (لبايعه امسك هذا) الثوب مثلا (حتى اعطيك الثمن فهو) اى الثوب (رهن) عند الطرفين (وعند ابى يوسف وديعة) لارهن وهو قول زفر والائمة الثلاثة لان قوله امسك يحتمل الامرين الرهن والايداع لانه اقل وادون من الرهن فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسك بدينك او بمالك على لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن ولنا انه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى ايفاء الثمن فالعبرة في العقود للمعانى الا يرى انه لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كانه قال بعتك بكذا ولافرق بين ان يكون ذلك الثوب هو المشترى اولم يكن بعد ان كان بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح ان يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلايكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له امسك المبيع حتى اعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع كما في التبيين (ولو رهن عبدين بالف فليس له اخذ احدهما بقضاء حصته) اى حصة احدهما من الالف (كالبيع) لان المرهون محبوس بكل الدين فيكون المحبوس محبوسا بكل جزء من اجزاء الدين تحصيلا للمقصود وهو المبالغة في الحمل على الايفاء فصار كالمبيع في يد البايع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذى رهنه فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لايتفرق بتفريق التسمية كما في البيع ووجه الثاني انه لاحاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لايصير مشروطا في الآخر الا يرى انه لو قبل الرهن

في احدهما جاز بخلاف البيع (واورهن) رجل (عينا عند رجلين) بدين لكل واحد
منهما عليه سواء كانا شريكين في الدين اولم يكونا شريكين فيه (صح) الرهن (وكلها) اى
كل العين (رهن) لكل واحد (منهما) اى من الرجلين لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة
واحدة ولا شيوع في الرهن وموجبه صيرورته محبوسا بالدين وهذا الحبس مما لايقبل الوصف
بالتجزى فصار محبوسا لكل واحد منهما بخلاف الهبة من رجلين حتى لايجوز عند الامام لان العين
تنقسم عليهما فيثبت الشيوع ضرورة (والمضمون) على كل واحد منهما (على حصة دينه) لان
كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس احدهما اولى من الآخر فينقسم عليهما لان
الاستيفاء مما يقبل التجزى (فان تهايئا) اى المرتهنان (في حفظها) اى العين المرهونة (وكل)
واحد منهما (في نوبته كالعدل) الذى وضع عنده الرهن (في حق الآخر) وفيه اشارة الى ان الارتهان
من كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن كما في العناية وفي التبيين هذا اذا كان مما لايتجزى
فظاهر وان كان مما يتجزى وجب ان يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع احدهما كله الى
الآخر وجب ان يضمن الدافع عند الامام خلافا لهما (فان قضى) الراهن (دين احدهما) اى
احد المرتهنين دون الآخر (فكلها) اى كل العين (رهن عند الآخر) لان جميع العين رهن
في يد كل واحد منهما من غير تفرق على ماذكر آنفا (ولو رهن اثنان من واحد صح وله) اى
للواحد (ان يمسكه) اى الرهن (حتى يستوفى جميع حقه منهما) لان قبض الرهن يحصل في الكل
من غير شيوع فصار نظير البائع وهما نظير المشتريين (ولو ادعى كل من الاثنين انه هذا رهن)
فعل ماض (هذا الشئ) مفعول رهن (منه وقبضه) اى الشئ (وبرهنا عليه) اى على ما ادعيا
(بطل برهانهما) صورتها رجل في يده عبد ادعاه رجلان يقول كل واحد منهما الذى اليد قد رهنني
عبدك هذا بالف درهم وقبضته منك واقام البينة على مدعاهما فهو باطل اذ لاوجه الى القضاء
لكل واحد منهما بالكل لاستحالة ان يكون العبد الواحد كله رهنا لهذا وكله لذلك في حالة واحدة
ولا لاحدهما بكله لعدم اولوية حجته على حجة الآخر ولا الى القضاء لكل منهما بالنصف
لافضائه الى الشيوع فيتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولايمكن ان يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا
اذا جهل التاريخ لان ذلك يؤدى الى العمل بخلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينة
حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في
الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وماذكرناه وان كان قياسا لكن محمد اخذ به لقوته واذا
وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لاحكم له هذا اذا لم يورخا فان ارخا كان صاحب التاريخ
الاقدم اولى وكذا اذا كان الرهن في يد احدهما كان صاحب اليد احق (ولو) كان هذا (بعد
موت الراهن) اى لو مات الراهن فاقام كل واحد منهما انه رهنه عنده وقبضه (قبلا ويحكم بكون
الرهن مع كل) واحد منهما (نصفه) بدل من الرهن (رهنا بحقه) اى بحق كل منهما استحسانا
وهو قول الطرفين لان حكم الرهن هو الحبس في الحيوة وليس للشيوع وجه هنا بخلاف الممات
اذ بعده ليس له الحكم الا الاستيفاء بان يبيعه في الدين شاع اولم يشع وعند ابى يوسف يبطل هذا
قياسا لان القضاء بالنصف غير جائز في الحيوة للشيوع وكذا في الممات له وفي التنوير اخذ عمامة المديون
ليكون رهنا عنده لم يكن رهنا دفع ثوبين فقال خذ ايهما شئت رهنا بكذا فاخذهما لم يكن واحد
منهما رهنا قبل ان يختار احدهما

﴿ باب الرهن يوضع على يد عدل ﴾

لما فرغ من الاحكام
الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل
لما ان حكم النائب ابدا يقفو حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل هنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع
الرهن في يده وزاد عليه بعض المعتبرات قيدا آخر حيث قال ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل بناء

على ماهو الجارى بين الناس فيما هو الغالب والا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل
ليس بامر لازم وعن هذا قال فى الكافى ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ
فحسب (ولو اتفقا) اى الراهن والمرتهن (على وضع الرهن عند عدل صح) وضعهما (ويتم)
الرهن (بقبض العدل) هذا عندنا وقال زفر لا يصح لان العدل يملكه عند الضمان بعد
الاستحقاق فينعدم القبض وبه قال ابن ابى ليلى قلنا يده يد المرتهن فيصح والمضمون هو المالية
فينزل منزلة شخصين (وليس لاحدهما) اى للراهن والمرتهن (اخذه) اى اخذ الرهن (منه)
اى من العدل (بلا رضى الآخر) لتعلق حق كل واحد منهما به حفظا واستيفاء فلا يبطل كل واحد
حق الاخر (ويضمن) العدل قيمة الرهن (بدفعه الى احدهما) لانه مودع الراهن فى حق العين
ومودع المرتهن فى حق المالية وكل واحد اجنبى عن الاخر والمودع اذا دفع الى الاجنبى يضمن ولانه
لو دفع الى المرتهن يدفع ملك الغير ولو دفع الى الراهن تبطل اليد على المرتهن وذلك تعد (وهلاكه)
اى الرهن (فى يده) اى فى يد العدل (على المرتهن) لان يده فى حق المالية يد المرتهن والمالية هى
المضمونة (فان وكل الراهن العدل او المرتهن او غيرهما) اى غير العدل والمرتهن (ببيعه) اى
ببيع الرهن (وقت حلول الاجل صح) التوكيل لان الرهن ملكه فله ان يوكل من شاء من هؤلاء
ببيع ماله معلقا ومنجزا فلو وكل ببيعه صغيرا لا يعقل فباعه بعد بلوغه لم يصح عند الامام لان امره
وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا وقالا يصح لقدرته عليه وقت الامتثال (فان
شرطت) الوكالة (فى عقد الرهن لا ينعزل) الوكيل (بالعزل) اى عزل الراهن بدون رضى المرتهن
لتعلق الحق بالمرهون وفى القهستانى ولو وكل بعد الرهن انعزل بالعزل وهذا ظاهر الرواية وقال شيخ
الاسلام الصحيح انه لم ينعزل كما فى الذخيرة لكن الصحيح انعزل كما فى الخانية (ولا) ينعزل ايضا
(بموت الراهن و) لا بموت (المرتهن) لان الوكالة المشروطة فى ضمن عقد الرهن صارت حقا
من حقوقه فيلزم بلزوم اصله كما فى الهداية لكن هذا الدليل يقتضى جواز عزله قبل ان يقبض
المرتهن الرهن فان اللزوم انما يتحقق بالقبض الا ان يقال لما كانت هذه الوكالة ثابتة فى ضمن
عقد الرهن فزوالها يكون فى ضمن زواله ايضا تدبر (وله) اى للوكيل (بيعه) اى بيع الرهن بعد
موت الراهن (بغيبة ورثته) اى ورثة الراهن كما كان له حال حيوته ان يبيعه بغير حضرة الراهن
(ويبطل) الوكالة (بموت الوكيل) فلا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجرى فيها
الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره كما فى الهداية وهذا يقتضى ان يجوز بيع الوصى اذا قال
الراهن للوكيل بالبيع اجزت لك ما صنعت فيه من شئ وصرح بذلك فى الذخيرة وعن ابى يوسف
ان لوصى الوكيل ان يبيعه للزوم الوكالة كالمضارب اذا مات والمال عروض فلوصى المضارب بيعها
(ولو وكله) اى العدل (بالبيع مطلقا) ملك بيعه بالنقد والنسيئة (فلو نهاه) اى العدل (بعده)
اى بعد توكيله مطلقا (عن بيعه نسيئة لا يعتبر نهيه) لانه لازم باصله فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل
بالعزل الحكمى كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل بموته ولو بطل انما كان
يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما تقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة
حيث تبطل بالموت وينعزل بعزل الموكل وتمامه فى التبيين فليراجع (ولا يبيع الراهن ولا المرتهن
الرهن بلا رضى الاخر) لتعلق حق كل منهما بالرهن كما بيناه (وان حل الاجل والراهن) او وارثه
بعد موته) غائب وابى الوكيل ان يبيعه (اجبر) بالاتفاق (الوكيل على بيعه) اى الرهن بان يحبسه القاضى
اياما فان لج بعد الحبس اياما فالقاضى يبيع عليه وهذا على اصلهما ظاهر واما على اصل الامام فكذلك
عند البعض لان وجوه البيع تعينت لان بيع الرهن صار حقا للمرتهن ايفاء لحقه بخلاف سائر اموال المديون
وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده وفيه اشعار بانه لو حضر الراهن لم يجبر الوكيل بل اجبر هو

كما في القهستاني ثم ان البيع لا يفسد بهذا الاجبار لانه اجبار بحق فصار كلا اجبار وفيه ايهام
لانه لا يجوز البيع قبل حلول الاجل وفي الخانية او سلط العدل على البيع مطلقا ولم يقل عند حلول الدين
فله ان يبيعه قبل ذلك (كما يجبر الوكيل بالخصومة عليها) اى على الخصومة (عند غيبة موكله)
اى اذا وكل المدعى عليه رجلا بخصومته بطلب المدعى فغاب الموكل وابى الوكيل ان يخاصمه
فانه يجبر على الخصومة لان المدعى خلى سبيل المدعى عليه اعتمادا على ان وكيله يخاصمه فلا يمكن
للوكيل ان يمتنع كما في الكافي وفيه اشعار بان تكون الوكالة بطلب المدعى لكن اطلاق المتن يخالفه
تدبر وفي البرجندي والخلاف في اجبار الوكيل بالخصومة كالخلاف في اجبار الوكيل ببيع الرهن
واما قيد الوكيل بالخصومة لان الوكيل بقضاء الدين لا يجبر اذا وكله بقضائه من مال نفسه بخلاف
ما اذا وكله بقضاء الدين من مال الموكل انتهى (وكذا يجبر) على بيعه (لو شرطت) الوكالة (بعد
عقد الرهن في الاصح) وذكر السرخسي ان في ظاهر الرواية لا يجبر الوكيل على البيع وعن ابي يوسف
ان الجواب في الفصلين واحد اى يجبر سواء شرط اولم يشرط ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع
الصغير (فان باعه) اى الرهن (العدل فثمنه) اى ثمن الرهن (قائم مقامه) اى مقام الرهن ولا فرق
بين ان يكون الثمن مقبوضا اولم يكن لقيامه مقام ما كان مقبوضا وهو الرهن (وهلاكه) اى هلاك
الثمن او توى على المشترى (كهلاكه) اى الرهن فيسقط بقدره دين المرتهن ولا ينظر الى قيمة الرهن
بل الى قيمة الثمن خص العدل بالذكر والظاهر انه اذا وكل المرتهن ببيع المرهون كان الحكم ايضا
كذلك كما في البرجندي (فان اوفاه) اى الثمن بعد بيع العدل الرهن (والمرتهن واستحق الرهن)
وكان هالكا في يد المشترى (فللمستحق ان يضمن الراهن قيمة الرهن) ان شاء لانه غاصب في حقه
بالاخذ (ويصح البيع والقبض) اى قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه لان الراهن ملكه
باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه امره ببيع نفسه (او) ضمن (العدل)
معطوف على قوله الراهن لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم (ثم العدل) على تقدير تضمينه مخير (ان شاء
ضمن الراهن) لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (ويصحان) اى البيع
وقبض المرتهن ايضا لان العدل ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه فلا يرجع المرتهن
على العدل بشئ بدينه (او) ضمن (المرتهن ثمنه) الذى اداه اليه لظهور اخذه الثمن من غير حق
(وهو) اى الثمن (له) اى العدل لانه ملكه وانما اداه الى المرتهن على ظن ان البيع ملك الراهن
فاذا تبين انه ملكه لم يكن العدل راضيا به فله ان يرجع به عليه (ويبطل القبض فيرجع
المرتهن على الراهن بدينه) لان العدل اذا رجع بطل قبض المرتهن الثمن فيرجع المرتهن
على راهنه بدينه ضرورة (فان كان الرهن قائما) في يد المشترى (اخذه) اى الرهن
(المستحق) من مشتريه لانه وجد عين ماله (ورجع المشترى على العدل بثمنه) لكونه
عاقدا فحقوق العقد راجعة اليه (ثم يرجع (هو) اى العدل (على الراهن به) اى بثمنه لانه
الذى ادخله في العهدة بتوكيله فيجب عليه تخليصه (وصح القبض) اى قبض المرتهن الثمن لان
مقبوضه سلم له (او يرجع) العدل (على المرتهن) بالثمن الذى اداه اليه اذ بانتقاض العقد يبطل الثمن
وكذا ينتقض قبضه بالضرورة (ثم) يرجع (المرتهن على الراهن بدينه) لانه اذا رجع عليه وانتقض
قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن هذا على اشتراط التوكيل اما ان لم يشترط
في الرهن لاختيار العدل وعن هذا قال (وان لم يكن التوكيل مشروطا في الرهن يرجع العدل على
الراهن فقط) لا على المرتهن سواء (قبض المرتهن ثمنه اولم يقبض) كما اذا باع العدل بامر الراهن
وضاع الثمن في يده من غير تعد منه ثم استحق المرهون وضمن العدل يرجع به على الراهن (وان هلك
الرهن عند المرتهن ثم استحق فللمستحق ان يضمن الراهن قيمته) ان شاء لانه متعد في حقه

بالتسليم (ويصير المرتهن مستوفيا) بدينه لان الراهن ملكه باداء الضمان فصح الايفاء (و) ان شاء (ان يضمن المرتهن) لانه متعد فى حقه ايضا بالقبض (ويرجع المرتهن بها) اى بالقيمة التى ضمنها لانه مغرور من جهة الراهن (و) يرجع (بدينه على الراهن) لانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان قبل لما كان قرار الضمان على الراهن والملك فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه يقال لما كان رجوع المرتهن على الراهن بسبب انه مغرور من جهته كان الملك بالرجوع متأخرا عن عقد الرهن فتبين انه ملك غيره

﴿باب التصرف فى الرهن وجنايته والجناية عليه﴾

لما ذكر الرهن واحكامه شرع فيما يعترض عليه اذ عارضه بعد وجوده (بيع الراهن الرهن موقوف على اجازة المرتهن اوقضاء دينه) وعن ابى يوسف انه نافذ كالاعتاق لانه تصرف فى خالص ملكه والصحيح ظاهر الرواية لتعلق حق المرتهن به فيتوقف على اجازته وان تصرف الراهن فى ملكه كالوصية يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث على اجازة الورثة لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان المانع من النفاذ حقه وقد زال بالاجازة وان قضى الراهن دينه جاز ايضا لان المقتضى لنفاذ البيع موجود وهو التصرف الصادر عن الاهل فى المحل وقد زال المانع من النفوذ (فان اجاز صار ثمنه رهنا مكانه) وفى الهداية فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هنا وعن ابى يوسف انه انما يكون الثمن رهنا اذا كان الراهن شرط ان يباع بدينه اما اذا لم يكن فلا والصحيح هو الاول وهذا كله اذا باع الراهن وهو فى يد المرتهن اما اذا دفعه الى الراهن فقيل لا يبقى الرهن فلا يكون الثمن رهنا والاصح انه يبقى رهنا لانه بمنزلة الاجازة فلا يبطل الرهن لكن يبطل ضمانه كما فى العمادية (وان لم يجز) المرتهن البيع (وفسخ لا ينفسخ فى الاصح) اذ ثبوت حق الفسخ له لضرورة صيانة حقه ولا حاجة الى هذه الضرورة اذ حقه فى الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فيبقى موقوفا وينفسخ فى رواية ابن سماعة كعقد الفضولى حتى لو استفكه الراهن فلا سبيل للمشترى عليه واذا كان موقوفا (فان شاء المشترى صبر الى ان ينفك الرهن) لان العجز على شرف الزوال (اورفع) المشترى (الامر الى القاضى ليفسخه) اى يفسخ القاضى البيع بسبب العجز على التسليم فان ولاية الفسخ الى القاضى لا الى المشترى كما اذا ابق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشترى لما ذكرنا كذلك هنا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثانى موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو اجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى ولو باع الراهن ثم آجر اورهن اووهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق وهو ان المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له فى هذه العقود لانه لا بدل فى الهبة والرهن والذى فى الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه فى مالية العين لا فى المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق كما فى الهداية (وصح عتق الراهن) موسرا كان اومعسرا (الرهن) اى العبد المرهون بلا اذن المرتهن (و) كذا يصح (تدبيره واستيلاده) عندنا لانه تصرف صدر عن الاهل ووقع فى المحل فخرجوا من الرهنية ابطلان المحلية فلا يجوز استيفاء الدين منهم وانما لا ينفذ بيعه للعجز عن التسليم والبيع مفتقر الى القدرة على التسليم بخلاف الاعتاق ولهذا ينفذ اعتاق الآبق دون بيعه (فان كان) الراهن (موسرا طولب بدينه) ان كان (حالا) لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (واخذت قيمة الرهن) اى اخذ المرتهن من الراهن قيمة العبد (وجعلت) اى القيمة (رهنا مكانه او) كان الدين (مؤجلا) حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفى التضمين فائدة وهو

ان يكون الكل رهنا واذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان جنس حقه ورد الفضل كما في الهداية (وان كان) الراهن (معسرا سعى) العبد (المعتق في الاقل من قيمته ومن الدين) اى ان كانت القيمة اقل سعى العبد في القيمة وان كان الدين اقل من القيمة سعى في الدين وانما يسعى لانه لا يمكن المرتهن من استيفاء حقه من الراهن الفقير فيأخذ من المنتفع بالعتق وهو العبد بمقدار ماليته اذ ليس عليه ان يسعى فيما زاد على مقدارها (ورجع) العبد (به) اى بما سعى (على سيده) اذا ايسر لانه قضاه بالزام الشرع ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه يرجع عليه بخلاف المستسعى في اعتاق احد الشريكين لانه يؤدى ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده ولتكميله عندهما وقال الشافعي انه ينفذ ان كان موسرا لامكان تضمينه ولا ينفذ ان كان معسرا (و) سعى (المدبر وام الولد) في التدبير والاستيلاد (في كل الدين بلا رجوع) لان كسب المدبر والمستولدة ملك المولى فيسعيان في كل دينه بلا رجوع (واتلافه) اى اتلاف الراهن الرهن (كاعتاقه موسرا) اى ان كان الدين حالا اخذ منه كل الدين وان كان مؤجلا اخذ قيمته ليكون رهنا عنده الى زمان حلول الاجل (وان اتلفه) اى الرهن (اجنبي) اى غير الراهن (ضمنه) اى المتلف (المرتهن قيمته) اى الرهن يوم هلك (وكانت) القيمة (رهنا مكانه) لانه احق بعين الرهن من حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب في هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن تعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر في ضمان الرهن يوم قبضه كما مر لانه به دخل في ضمانه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه اتلف مال الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه و يؤجل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه اكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم التلف كما في الهداية وغيرها وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف و يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب ان لا يسقط بمقابلته شئ من الدين كما في التبيين لكن الاشكال يندفع بقول صاحب الهداية وغيرها وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك ان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض وقد كانت قيمته يوم القبض الفا ثم انتقصت منهما خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الالف خمسمائة منه باتلافه وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته وقت القبض الفا تاما ولا تأثير في سقوط شئ منه بتراجع السعر اصلا وهذا الظاهر من عبارة الهداية وغيرها تدبر (ولو اعار المرتهن الرهن) اى فعل به مثل ما يفعل بالعارية والا فالعارية تمليك المنافع والمرتهن لا يملك ذلك وفي المنح تفصيل فليراجع (من راهنه خرج من ضمانه) لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع المقتضى له فلا يكون مضمونا على صاحبه لان الاسترداد باذنه (و برجوعه) اى برجوع الرهن الى يد المرتهن (يعود ضمانه) حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان (وله) اى للمرتهن (الرجوع) من الاعارة (متى شاء) لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في تلك الحالة (ولو اعاره احدهما) اى اعار المرتهن او الراهن الرهن (باذن الاخر

من اجنبي خرج من ضمانه ايضا) لما بينا من ان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض (فلو هلك في يده) اي في يد المستعير (هلك مجانا) لارتفاع القبض الموجب للضمان (ولكل منهما) اي من الراهن والمرتهن (ان يرده) من المستعير (رهنا) كما كان لانه لم يخرج عن الرهينة بالاعارة ولان لكل واحد حقا محترما في الرهن وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من الاجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يخرج الا بعقد مبتدأ كما في الهداية (فان مات الراهن قبل رده) اي قبل رد المستعير الرهن الى المرتهن (فالمرتهن احق به) اي بالرهن (من سائر الغرماء) لان حكم الرهن باق فيه اذ يد العارية ليست بلازمة وكونه غير مضمون لا يدل على انه غير مرهون فان ولد المرهون مرهون وليس بمضمون بالهلاك فظهر منه ان الضمان ليس من لوازم الرهن من كل وجه (ولو استعار المرتهن الرهن من راهنه) للعمل (او استعمله باذنه فهلك حال استعماله سقط ضمانه عنه) اي عن المرتهن لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة اليد الراهن فانتفى الضمان (وان هلك) الرهن (قبل استعماله) اي المرتهن الرهن (او) هلك (بعده) اي بعد استعماله (فلا) يسقط ضمانه عن المرتهن اما الاول فلبقاء عقد الرهن واليد والضمان واما الثاني فلان يد العارية ترتفع بالفراغ فيبقى على اصل الرهن (وصح الاستعارة شيء ليرهن) ذلك الشيء لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين بماله ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل في حق البائع زوالا لان البيع يزيل الملك دون اليد (فان اطلق) المعير ولم يقيده بشيء (رهنه) اي المستعير (بما شاء) من قليل او كثير (عند من شاء) عملا بالاطلاق (وان قيد) المعير ما اعاره للرهن (بقدر او جنس او مرتهن او بلد تقيد به) فليس للمستعير ان يتجاوز عنه اذ كل ذلك لا يخلو عن افادة شيء من التيسير والحفظ والامانة ثم بين فائدته فقال (فان خالف) ما قيده به المعير (فهلك كان ضامنا فان شاء) المعير (ضمن المستعير) قيمته (ويتم الرهن بينه) اي بين المستعير الراهن (وبين مرتهنه) لان كل واحد منهما متعد في حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب (او) ضمن (المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمنه وبدينه على المستعير الراهن) في الاستحقاق وان خالف الى خير بان عين له اكثر من قيمته فرهنه باقل من ذلك بمثل قيمته او اكثر فانه لا يضمن (وان وافق) المستعير في ارتهانه بعدما عينه المعير (وهلك عند مرتهنه صار مستوفيا دينه) وان كانت قيمته مثل الدين او اكثر او صار مستوفيا (قدر قيمة الرهن لو كانت) قيمته (اقل من الدين وطالب راهنه بباقيه) اي بباقي الدين اذا لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته (ووجب للمعير على المستعير مثل الدين) لو صار مستوفيا دينه بان كانت قيمته كالدين او اكثر لانه قضى دينه كله (او قدر القيمة) لو صار مستوفيا قدر قيمة الرهن لانه قضى ذلك القدر من دينه ولا تجب عليه قيمته مطلقا لانه قد وافق فلا يكون متعديا (ولو هلك عند المستعير قبل رهنه او بعد فكه) عن الرهن (لا يضمن) لانه لم يصر قاضيا دينه به وهو الموجب للضمان على ما بيناه (وان) وصلية (كان قد استعمله من قبل) بالاستخدام او بالركوب او نحو ذلك لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن خلافا للشافعي (ولو اراد المعير افتكاك الرهن بقضاء دين المرتهن من عنده فله ذلك) وليس للمرتهن ان يمتنع من تسليم الرهن بل يكون مجبورا على الدفع لان قضاءه كقضاء الراهن في استخلاص ملكه (ويرجع المعير بما ادى على الراهن) لكونه غير متبرع في القضاء لانه سعى في استخلاص ماله (ولو قال المستعير هلك في يدي قبل الرهن او بعد الفكاك وادعى المعير هلاكه عند المرتهن فالقول للمستعير) مع يمينه لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين فان قيل قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعي سقوط الضمان بالافتكاك فلا يقبل قوله في ذلك بحجة كالغاصب يدعي رد المغصوب قلنا الرهن وان كان اثبات يد الاستيفاء ولكن حقيقة الايفاء بالهلاك فاذا انكر الهلاك في يد المرتهن فقد انكر الايفاء

حقيقة والضمان ينشأ منه وكان منكرا للضمان (ولواختلفا فى قدر ما امره بالرهن به فالمعير) اى فالقول للمعير لان الاذن يستفاد من جهته ولوانكر اصله كان القول له فكذا اذا انكر وصفه (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تعلق به حق المرتهن وتعلق حق الغير بالمال يجعل المالك كالاجنبى فى حق الضمان الاترى ان تعلق حق الورثة بمال المريض يمنع نفوذ تصرفه فيما زاد على الثلث وكذا الورثة اذا اتلفوا العبد الموصى بخدمته ضمنوا قيمته ليشترى به عبد يقوم مقامه (وكذا جناية المرتهن عليه) مضمونة (فيسقط من دينه بقدرها) اى بقدر الجناية لان عين الرهن ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن وهو سبب الضمان فيصير مستوفيا من دينه بقدر الجناية اما اذا كان قدر الجناية اكثر من الدين يضمن الراهن المرتهن ما زاد على الدين لان الكل صار مضمونا عليه بالاستهلاك (وجناية الرهن عليهما) اى على الراهن والمرتهن اذا كانت موجبة للمال بان كانت خطأ فى النفس اوفيما دونها واما مايوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لوقيده لكان اولى تدبر (وعلى مالهما هدر) اى باطل عند الامام (خلافا لهما فى المرتهن) فان عندهما جناية الرهن على المرتهن معتبرة وهو مذهب الائمة الثلاثة اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك و جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال هدر بالاتفاق بخلاف الجناية الموجبة للقصاص واما الخلافية فلهما ان الجناية حصلت على غير المالك وفى الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لااطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لواعتبرناها للمرتهن كان على المرتهن التطهير من الجناية لانها حصلت فى ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لاتعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لافائدة فى اعتباره لانه لايتملك بها العبد مع ان التملك فائدة ولم يوجد وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن الامام انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس فى ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لايعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبى كما فى الهداية (ولو رهن عبدا يساوى الفا بالف مؤجلة فصارت قيمته مائة) بان انتقص سعره (فقتله) اى العبد (رجل) خطأ (وغرم مائة وحل الاجل يقبض المرتهن المائة قضاء عن حقه) وسقط باقيه وهو تسعمائة (ولايرجع على راهنه بشئ) لان النقصان من حيث السعر لايوجب السقوط عندنا لان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس فيه وذا غير معتبر واما نقصان العين فيتقرر بفوات جزء منه فيسقط الدين فى انتقاصها لافى انتقاص المالية من جهة السعر ولما كان الدين باقيا و يد الرهن يد الاستيفاء صار مستوفيا الكل من الابتداء خلافا لزفر لان المالية انتقصت فاشبه انتقاص العين (وان باعه) اى المرتهن الرهن وهو العبد الذى يساوى الفا وكان رهنا بالف (بالمائة بامر راهنه) قبض المائة قضاء لحقه (ورجع) المرتهن بعد قبض المائة (عليه) اى على الراهن (بالباقى) اى بباقى الدين وهو تسعمائة وفى الكافى واما الفصل الرابع وهو ما اذا باعه بمائة فانه يصح لانه ان كان موضوع المسئلة ان سعره تراجع الى مائة فظاهر لانه باعه بمثل قيمته فصح بالاجماع وان كان موضوع المسئلة انه لم ينتقص فصح البيع ايضا عند الامام وصح عندهما ان كان قال بع بما شئت واذا صح البيع صار المرتهن وكيل الراهن بما باعه باذنه وصار كان الراهن استرده و باعه بنفسه ولوكان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الابقدر ما استوفى كذا هذا (وان قتله) اى العبد الرهن الذى يساوى الفا قبل نزول السعر الى مائة او بعد النزول (عبد) هو (يعدل بمائة فدفع) بصيغة المجهول (به) اى دفع العبد الجانى مقام العبد المقتول بسبب قتله (افتكه الراهن بكل الدين)

وهو الالف عند الشيخين لان التغير لم يظهر في نفس العبد اذ العبد الثاني قام مقام الاول من حيث انه دم ولحم فكانه تراجع سعره الى مائة فلو كان الاول قائما وتراجع سعره لم يكن له خيار فكذلك هنا (عند محمد) هو بالخيار (ان شاء دفعه) اى العبد المدفوع (الى المرتهن) بدينه ولاشئ عليه غيره (وان شاء افتكه بالدين) لانه تغير في ضمان المرتهن فاوجب التخيير وقال زفر يصير الثاني رهنا بمائة لان يد المرتهن يد الاستيفاء وقد تقرر بالهلاك لانه اخلف بدلا بقدر العشرة فيبقى الدين بقدره (وان جنى) العبد (الرهن خطأ فداه المرتهن) لان ضمان الجناية على المرتهن والعبد كله في ضمانه ودينه مستغرق لرقبته وعلى تقدير الفداء بقى الدين والعبد رهن وليس له ولاية الدفع الى ولى القتيل اذ الدفع للمالك وليس بمالك (ولا يرجع) المرتهن على الراهن بشئ من الفداء لان العبد كله مضمون وجناية المضمون كجناية الضامن فلو رجع على الراهن رجع الرهن عليه ولا يفيد (فان ابى) اى امتنع المرتهن من الفداء (دفعه الراهن) الى ولى الجناية (او فداه) اى يقال للراهن افعل واحدا من الدفع والفداء ان شاء يدفعه وان شاء يفدى عنه (وسقط الدين) تاما بفعل كل منهما من الراهن ان كان الدين اقل من قيمة الرهن او مساويا وان كان الدين اكثر يسقط من الدين مقدار قيمة العبد ولا يسقط الباقي كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيده كما قيدناه لكان اولى تدبر وفي بعض المعتبرات اذا ولدت المرهونة ولدا فقتل انسانا خطأ او استهلك مال انسان فلا ضمان على المرتهن بل يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كالهلاك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن معه في الدين الآن يختار ان يؤدى عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا من الفداء وان لم يؤده ويبع العبد في الدين يأخذ صاحب دين العبد دينه وتمامه في الهداية والكافي فليطالعهما وفي المنح لو رهن حيوانا من غير بني آدم فجنى البعض على البعض كان هدرا ويصير كانه هلك بآفة سماوية ولو رهن عبدين كل واحد منهما يساوى الفا بالفين فقتل احدهما الآخر او جنى احدهما على الآخر فيما دون النفس قل الارش او كثر لا تعتبر الجناية ويسقط دين المجنى عنه بقدره ولو كانا جميعا رهنا بالف فقتل احدهما الآخر فلا دفع ولا فداء ويبقى القاتل رهنا بتسعمائة وخمسين ولو رهن عبدا ودابة فجناية الدابة على العبد هدر وجناية العبد على الدابة معتبرة حسب جناية العبد على عبد آخر (ولو مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصي قائم مقامه (فان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره) اى الوصي (بذلك) اى بالبيع لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين النظر في نصب الوصي ليؤدى ما عليه لغيره ويستوفي حقوقه من غيره ولو كان الدين على الميت فرهن الوصي بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن

﴿فصل﴾

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في اواخر الكتب (رهن رجل عصيرا) اى عصير العنب عند رجل (قيمته عشرة) دراهم (بعشرة) دراهم (فتخمر) العصير اى صار خمرا (ثم تخلل) اى صار خلا (وهو) اى والحال انه (يساويها) اى عشرة دراهم (فهو) اى العصير المذكور الذي صار خلا بعد ان صار خمرا (رهن بها) اى بعشرة دراهم لان عقد الرهن لم يبطل بالخمر لان ما صلح محلا للبيع صلح محلا للرهن لان المحلية انما تكون بالمالية فيهما والخمر لا يصلح محلا لابتداء البيع ويصلح لبقائه فان من باع عصيرا فتخمر في يد البائع بقى البيع الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع كما عرف فاذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه فجعل كان لم يكن (وان رهنت شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوى درهما فهو رهن به) اى بدرهم

لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا بقي بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره على ما هو المشهور وان قال بعض المشايخ يعود البيع هنا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وفي البزازية اشترى خلا بدرهم او شاة على انها مذبوحة بدرهم رهن به شيئا ثم هلك الرهن فظهر ان الخل خمر والشاة ميتة يهلك مضمونا بخلاف ما اذا اشترى خمرا او خنزيرا او ميتة او حرا ورهن بالثمن شيئا وهلك عند المرتهن لا يضمن لانه باطل وان انتقص الرهن عند المرتهن قدرا او وصفا يسقط من الدين بقدره بخلاف النقصان بتراجع السعر على ما عرف فلو رهن فروا قيمته اربعون بعشرة فافسده السوس حتى صارت قيمته عشرة يفتكه الراهن بدرهمين ونصف ويسقط ثلاثة ارباع الدين لان كل ربع من الفرو مرهون بربع الدين وقد بقي من الفرو ربعه فيبقى من الدين ايضا ربعه (ونماء الرهن كولده ولبنه وصوفه وثمره للراهن) لانه متولد من ملكه فلا يدخل الكسب والهبة والصدقة في الرهن لانها غير متولدة من الاصل فيأخذ الراهن في الحال (ويكون رهنا مع الاصل) لانه تبع له والرهن حق متأكد لازم فيسري الى الولد الا ترى ان الراهن لا يملك ابطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسري حكم الجناية الى الولد ولا يتبع امه فيه (فان هلك) النماء هلك (بلا شيء) لعدم دخوله تحت العقد مقصودا (وان بقي) النماء (وهلك الاصل يفتك) الراهن (بحصته من الدين ويقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع (فما اصاب الاصل سقط) من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا (وما اصاب النماء افتك به) صورته رجل رهن شاة بتسعة دراهم وقيمتها عشرة يوم القبض ثم ولدت ولدا قيمته خمسة دراهم يوم الفك فصارت قيمتهما خمسة عشر والدين يقسم على قيمتهما اثلاثا يصيب ثلثا الدين الام وهو ستة فتسقط ويصيب ثلثه للولد وهو ثلاثة لان قيمتهما اثلاث فيلزم الراهن ان يدفع الثلث ثم يأخذ الولد وفي التنوير ولو اذن الراهن للمرتهن في اكل زوائد الرهن فاكلها فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الدين وان لم يفتك الراهن الرهن حتى هلك الرهن في يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التي اكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما اصاب الاصل سقط وما اصاب الزيادة اخذه المرتهن من الراهن كما مر وفي التاتارخانية رهن جارية فارضعت صبيا للمرتهن لم يسقط شيء من دينه بخلاف ما لو رهن شاة فشرب المرتهن من لبنها فانه محسوب عليه من الدين (وتصح الزيادة في الرهن) مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم زاد الراهن ثوبا آخر فيكون مع الاول رهنا بالعشرة (ولا تصح الزيادة (في الدين) مثل ان يقول الراهن اقرضني خمسمائة اخرى على ان يكون العبد الذي عندك رهنا بالف (فلا يكون الرهن رهنا بها) اي بالزيادة عند الطرفين لان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع فلا يصير الرهن الاول رهنا بالدين الحادث بل يصير كل الرهن بمقابلة الدين السابق فان هلك العبد الرهن يسقط الدين الاول ويبقى الدين الثاني بلا رهن (خلافا لابي يوسف) فان عنده تجوز الزيادة في الدين فيسقط بموت العبد الدينان قياسا على جانب الاخر ولان الدين في باب الرهن كالثمن في المبيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع وقال زفر والشافعي لا تجوز الزيادة في الرهن ولا في الدين لعدم جوازها في الثمن والمبيع ثم المراد بقولهم ان الزيادة في الدين لا تصح ان لا يكون رهنا بالزيادة كما انه رهن باصل الدين واما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا (وان رهن عبدا يعدل الفا بالف فدفع مكانه عبدا يعدلها) اي الالف (فالاول رهن) فمات قبل الرد يصير مستوفيا لدينه

فالعبد الاول يكون رهنا كما كان (حتى يرد) المرتهن (الى راهنه والمرتهن امين فى) العبد (الثانى حتى يجعله مكان الاول برد الاول) على الراهن فحينئذ يصير الثانى مضمونا لان الاول دخل فى ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج من الضمان الا بنقض القبض مادام الدين باقيا واذا بقى الاول فى ضمانه لا يدخل الثانى فى ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثانى فى ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض وقيل لا يشترط كما فى الهداية وغيرها لكن فى الخانية رجل رهن عند انسان عبدا بالف درهم ثم جاء الراهن بجارية وقال خذها مكان العبد يصح ذلك اذا قبض انتهى يفهم من هذا انه اذا قبض الرهن الثانى خرج الاول من ان يكون رهنا رد الاول على الراهن اولم يرد (واو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه) اى الدين (منه) اى من الراهن (فهلك الرهن) فى يد المرتهن (هلك بلا شئ) استحسانا وقال زفر يضمن قيمة الرهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فيبقى الضمان ما بقى القبض ولنا ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين له لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الا باعتبار الدين وبالابراء لم يبق احدهما وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما ولهذا لو رد الرهن يسقط الضمان لعدم القبض ولو بقى الدين وكذا اذا ابرأ عن الدين يسقط الضمان لعدم الدين وان بقى القبض فاما اذا احدث المرتهن بعد البراءة منعا ثم تلف فى يده ضمن قيمته لان حق المنع لم يبق فصار مانعا غاصبا فيضمن القيمة وكذا لو ارتهنت المرأة رهنا بالصداق وابرأته او وهبته اوارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن فى يدها يهلك بغير شئ فى هذا كله ولم يضمن شيئا لسقوط الدين كما فى الابراء (ولو قبض) المرتهن (دينه او بعضه منه) اى من الراهن (او من غيره) كالمتطوع (او شرى به) اى بالدين (عينا) منه (او صالح عنه) اى عن الدين (على شئ اواحال به) اى احال الراهن مرتهنه بدينه (على آخر ثم هلك) الرهن فى يد المرتهن (قبل رده) اى الى الراهن (هلك بالدين) لان نفس الدين لا يسقط بالاستيفاء ونحوه لما تقرر فى موضعه ان الديون تقضى بامثالها لا بانفسها لكن الاستيفاء يتعذر لعدم الفائدة لا يعقب مطالبة مثله فيفضى الى الدور فاذا هلك الرهن تقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثانى لئلا يتكرر الاستيفاء (ويرد ما قبض الى من قبض منه) هذا فى صورة ايفاء الراهن او المتطوع او الشراء او الصلح (وتبطل الحوالة) ويهلك الرهن بالدين اذ بالحوالة لا تسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولذا يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا (وكذا) اى كما يهلك الرهن بالدين فى الصورة المذكورة يهلك به ايضا (لو تصادقا على عدم الدين ثم هلك) الرهن (هلك بالدين) لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموجود وقد بقيت الجهة لاحتمال ان يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدم الدين بخلاف الابراء لان الابراء يسقط الدين اصلا وبالاستيفاء لا يسقط الدين بل يثبت لكل واحد منهما على الآخر فيتعذر الاستيفاء لما مر من عدم الفائدة وفى الكافى اذا تصادقا على ان لا دين بقى ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك الرهن فانه يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر شيخ الاسلام الاسبيجابى انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا وفى التنوير كل حكم عرف فى الرهن الصحيح فهو الحكم فى الرهن الفاسد وفى كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا انه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن بصفة الفساد وفى كل موضع لم يكن كذلك لا ينعقد الرهن اصلا فاذا هلك هلك بغير شئ وتمامه فى المنح فيطالع

﴿كتاب الجنايات﴾

اورد الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية

لصيانة الانفس ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات لان الوسائل تقدم على المقاصد كما في اكثر الشروح وقال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة عما لبس للانسان فعله انتهى واورد عليه ان هذا التعليل ليس بشئ لان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو احكام الجنايات دون انفسها ولا شك ان احكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة فلا وجه لتأخيرها من هذه الحيثية ويمكن الجواب عنه بان كلا من الرهن والجناية من افعال المكلفين ويبحث في كل واحد منهما عما يتعلق بفعل المكلف من الاحكام الخمسة ولا شك في جواز الرهن وخطر الجناية ويكفي بهذا القدر في تقديمه عليها كما لا يخفى والجناية في اللغة اسم لما يجتنيه اى يكسبه المرء من شر تسمية للمفعول بالمصدر من جنى عليه شرا جناية ثم خص في العرف بما يحرم من الفعل سواء كان في نفس او مال وفي عرف الفقهاء بما حرم فعله في نفس او طرف والاول يسمى قتلا وانواعه خمسة عمد وشبه عمد وخطأ وجار مجرى الخطأ والقتل بسبب كما سيأتى تفصيله وهو عام في كل مايقبح ويسوء تعلق بنفس او مال او عرض الا انه في الشرع خص بمحرم واقع في النفوس والاطراف لان مايقع في الاموال اسمه الغصب والسرقة وماوقع في العرض اسمه القدح او الغيبة والاول يسمى قتلا وهو لغة اسم لجرح مؤثر في ازهاق الحيوة مطلقا والمراد به هنا جناية يتعلق به الاحكام من قصاص ودية وكفارة وحرمان واسم وهو على خمسة انواع وعمد وشبه عمد وخطأ وجار مجرى الخطأ وقتل بسبب وقيل هو على ثلثة انواع عمد وشبه عمد وخطأ والثانى يسمى جناية فيما دون النفس وشرع القصاص لما فيه من معنى الحيوة شرعا كما قال الله تعالى ولكم في القصاص حيوة تفصيله في المطولات فليراجع والفرق بين هذه الاية وبين قول العرب القتل انفى للقتل بلاغة وفصاحة مبين في كتب البيان بما لا مزيد عليه ثم شرع في بيان احكام القتل فقال (القتل اما عمد) موجب للضمان احترز عن نحو قتل قطاع الطريق والحربى والمرتد (وهو ان يقصد ضربه) اى ضرب القاتل المكلف ما يحرم ضربه كما هو المتبادر (بما يفرق الاجزاء من سلاح) اعد للحرب (او محدد من حجر او خشب اوليطة) بكسر اللام وبالطاء المهملة قشر القصب (او حرقه بالنار) لان النار من المفرقات للاجزاء كما في الاتقانى وفي الكفاية الا ترى ان النار يعمل عمل الحديد حتى انها اذا وضعت في المذبح فقطعت مايجب قطعه في الذكوة وسال بها الدم حل وان انجمد ولم يسل الدم لايحل وانما شرط في الالة ماذكر لان العمد هو القصد وهو من اعمال القلب لايوقف عليه الا بدليله وهو استعمال ماذكر من الآلات فاقيم الدليل مقام المدلول هذا عند الامام (وعندهما) وفاقا للشافعي ان يقصد ضربه (بما يقتل غالبا) حتى لو ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو عمد عندهما الا عنده ما لم تخرج لان الوجوب القصاص الجرح عنده وفي الخانية ان الجرح لا يشترط في الحديد وما يشبه كالنحاس والفضة وغيرها في ظاهر الرواية انتهى وفي الخلاصة رجل ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابته الحديدة قتل به عند الكل وان اصابه بظهره ولم يجرحه فعندهما لا شك انه يجب القصاص وكذا عند الامام في ظاهر الرواية وفي الخانية وان ضربه بمسلة فمات منها قتل ولو ضربه بالابرة او مايشبه الابرة فمات لايجب القصاص لكن لو غرز بابرة حتى مات يقتص لان العبرة للحديد كما في البزازية وفي رواية الطحاوى عنه انه لايجب فعلى هذه الرواية يعتبر الجرح سواء كان حديدا او عودا او حجرا بعد ان يكون آلة يقصد بها الجرح وقال صدر الشهيد والاصح ان المعتبر عنده الجرح وسنجات الميزان من الحديد وقال رجل احمى تنورا ورمى فيه انسانا او القاه في نار لا يستطيع الخروج منها عليه القصاص بمنزلة السلاح وكذا كل مالايلبث عادة كالسلاح الا انه لا يجعل النار كالسلاح في حكم الذكوة حتى لو توقدت النار على المذبح وانقطع لايحل اكله انتهى لكن قال في البزازية ان النار تعمل في الحيوان عمل الذكوة حتى لو توقدت النار في المذبح فاحترق العروق يؤكل انتهى وهذا موافق لما قدمناه عن الكفاية ويحمل على ما اذا سال بها الدم وبه يحصل التوفيق بين كلامى صاحب الخلاصة والبزازية

(وموجبه) اى القتل العمد (الاثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم وفى الحديث سباب المسلم فسق وقتاله كفر وقال عليه الصلاة والسلام لزوال الدنيا اهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم وعليه انعقد الاجماع (والقصاص عينا) نصب على الحال من القصاص اى حال كونه متعينا خلافا للشافعى فانه قال لايتعين القصاص بل الولى مخير بينه و بين اخذ الدية لقوله عليه الصلاة والسلام من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما أن يقتل واما ان يؤدى ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الاية وقوله وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والمراد به القتل العمد وما اورده من الحديث فعلى تقدير صحته لايجوز به الزيادة على النص لانه نسخ والى ذلك اشار ابن عباس رضى الله تعالى عنهما بقوله العمد قود لا مال فيه ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة بينه و بين الادمى صورة ومعنى اذ الادمى خلق مكرما لقوله تعالى ولقد كرمنا بنى آدم ليشتغل بالطاعات والعبادات والمال خلق لاقامة مصالحه ومبتذلا فى حوائجه فلايصلح جابرا وقائما مقامه الا ان الصلح على مال يجوز بالتراضى سواء كان باقل من الدية او اكثر منها (الا ان يعفى) على صيغة المجهول اى الا ان يعفو ولى القصاص او يصالحه على شئ من ماله كما مر آنفا والعفو افضل (ولا كفارة فيه) لانها فيما كان دائرا بين الحظر والاباحة والقتل كبيرة محضة لا تليق ان تكون الكفارة ساترة له او جود معنى العبادة فيها ولقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الكبائر لاكفارة فيهن منها قتل النفس بعمد وعند الشافعى عليه الكفارة كما فى الخطأ مراعاة لحق الله تعالى فى العبد (واما شبه عمد وهو ضربه) اى القاتل (قصدا بغير ماذكر) فى العمد مما لايفرق الاجزاء كالشجر مطلقا والحجر ايضا ان كانا غير محدد ين والسوط واليد هذا عند الامام خلافا لغيره فى الثقيل العظيم على مامر فى القتل العمد لانه شبه العمد عند الغير ضرب القاتل بالة لايقتل مثلها غالبا كالعصا و الحجر الصغير والسوط واليد (وموجبه) اى شبه العمد (الاثم) لقصده ماهو محرم شرعا ولقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان قيل ان المدعى عام للمؤمن والذمى والدليل خاص بالمؤمن قلنا ان موجبها فى المؤمن ثبت بعبارة النص وفى الذمى بدلالته لتحقق المساواة فى العصمة لايقال ان الاية دليل المعتزلة على خلود مرتكب الكبيرة فى النار لانا نقول ذلك فى المستحل او يراد بالخلود طول المكث او يراد بها الوعيد الشديد تنبيها على عظم تلك الجناية (والكفارة) على القاتل لانه خطأ نظرا الى الالة فدخل فى قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الاية (والدية المغلظة على العاقلة) الناصرة للقاتل اما وجوبها فلقوله عليه الصلاة والسلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل الحديث واما كون الوجوب على العاقلة فلانه خطأ من وجه فيكون معذورا فيتحقق التخفيف لذلك ولانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما فى الخطأ وتجب فى ثلاث سنين لقضية عمر رضى الله تعالى عنه وهو ماروى عنه انه قضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين والمروى عنه كالمروى عن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم لانه مما لايعرف بالرأى (لا القود) عطف على الدية اى ليس فيه قود لشبهه بالخطأ (وهو) اى شبه العمد (فيما دون النفس) من الاطراف (عمد) باعتبار الضرب والاتلاف جميعا يعنى اذا جرح عضوا بآلة جارحة وجب فيه القصاص ان كان مما يراعى فيه المماثلة وليس فيما دون النفس شبه العمد كما كان فى النفس لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الالة ومادون النفس ليس كذلك لماروى عن انس بن مالك رضى الله تعالى عنه ان عمة الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا منهم العفو فابوا الارش وابوا القصاص فاختصموا الى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فامر بالقصاص فقال انس بن نضر اتكسر ثنية الربيع والذى بعثك نبيا بالحق لاتكسر ثنيتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا انس كتاب الله القصاص فرضى القوم وعفوا وطلبوا الارش فقال عليه السلام

انه من عباد الله من لو اقسم على الله لابره ووجه دلالته على ما نحن فيه ان اللطمة لو اتت على النفس
لا يوجب القصاص ورأيناها فيما دون النفس قد اوجبته بحكمه عليه السلام انه ما كان فى النفس
شبه عمد هو عمد فيما دونها ولا يتصور ان يكون فيه شبه عمد كما فى التبيين (واما خطأ) عطف
على قوله اما عمد او شبه عمد (وهو) اى الخطأ (قسمان) اما خطأ (فى القصد بان يرمى شخصا
ظنه صيدا) فاذا هو آدمى (او) يرمى بظنه (حربيا فاذا هو آدمى معصوم الدم) وانما سمى خطأ
(فى القصد) اى فى الظن حيث ظن الآدمى صيدا او المسلم حربيا واما الخطأ فى الفعل فقد بينه بقوله
(او فى الفعل بان يرمى غرضا فيصيب آدميا) فانه اخطأ فى الفعل لا القصد فيكون معذورا لاختلاف
المحل بخلاف ما لو تعمد ضرب موضع فى جسده فاصاب موضعا منه آخر فمات حيث يجب القصاص
اذ جميع البدن محل واحد فيما يرجع الى مقصوده فلا يعذر بخلاف ما اذا اراد يد رجل فاصاب عنقه
وابانه فهو خطأ كما فى العناية اما لو اراد ان يضرب يد رجل بالسيف فاخطأ فاصاب عنقه
فبان رأسه فهو عمد وفى المنح قال فى البدائع والخطأ قد يكون فى نفس الفعل وقد يكون فى ظن
الفاعل اما الاول فنحو ان يقصد صيدا فيصيب آدميا وان يقصد رجلا فيصيب غيره وان قصد
عضوا من رجل فاصاب عضوا آخر منه فهذا عمد وليس بخطأ واما فى الثانى فنحو ان يرمى الى
انسان على ظن انه حربى او مرتد فاذا هو مسلم انتهى (واما ما اجرى مجرى الخطأ كنائم
انقلب على غيره فقتله) فحكمه حكم الخطأ وليس بخطأ حقيقة لعدم قصد النائم الى شئ
حتى يصير مخطئا لمقصوده ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما اتلفه كفعل الطفل جعل كالخاطئ
لانه معذور كالمخطئ (وموجبهما) اى الخطأ مطلقا وما اجرى مجراه (الكفارة والدية على
العاقلة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وقد قضى به عمر رضى الله تعالى
عنه فى ثلاث سنين بمحضر من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم فصار اجماعا (واما قتل بسبب)
اى بكونه سببا للقتل (وهو) اى القتل بسبب (نحو ان يحفر بئرا او يضع حجرا فى غير ملكه بلا اذن)
من له الاذن وهو قيد المتعاطفين (فيهلك به انسان) نبه بقوله فى غير ملكه على انه لو فعله فى ملكه
لا يضمن ما تلف به لانه مأذون فى فعله فلم يكن متعديا فيه ومما ينبغى ان يعلم انه اذا مشى الهالك عليه
بعد علمه بالحفر فانه لا يلزم على الحافر شئ (وموجبه) اى كل واحد من الحفر ووضع الحجر (الدية
على العاقلة) لانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر ووضع الحجر فجعل كالمباشر للقتل فتجب
فيه الدية صيانة للانفس فتكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطأ فيكون
معذورا فتجب على العاقلة تخفيفا عنه لا فى الخطأ بل اولى لعدم القتل منه مباشرة ولهذا قال
(لا) تجب (الكفارة فيه) وفى المجتبى وفيه ذنب الحفر والوضع فى غير ملكه دون ذنب القتل
قالوا ولا اثم فيه معناه لا اثم فيه اثم القتل دون اثم الحفر والوضع (وكلها) اى ما ذكر من انواع القتل
كالعمد وشبهه والخطاء (توجب حرمان الارث الا هذا) اى الا القتل بسبب فانه لا يوجب
حرمان الارث كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعى هو ملحق بالخطأ فى الاحكام

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

لما فرغ من بيان اقسام
القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك
فى باب على حدة فقال (يجب القصاص بقتل من هو محقون الدم على التأبيد) قوله على التأبيد
صفة لموصوف محذوف تقديره حقنا واحترز به عن المستأمن فان فى قتله شبهة الاباحة بالعود الى
دار الحرب فلا يكون محقون الدم على التأبيد وقوله (عمدا) قيد القتل اى قتل عمد فهو منصوب
على انه مفعول مطلق لبيان النوع واحترز به عن القتل الغير العمد فانه لا يجب فيه القصاص
(فيقتل الحر بالحر) لكمال المماثلة (و) يقتل (بالعبد) لقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس
بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الآية ولقوله عليه الصلاة والسلام

العبد قود ولان القود يعتمد على المساواة فى العصمة وهى اما فى الدين اوالدار ولان التخصيص بالذكر فى قوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد لاينفى ماعداه مع ان اللام لتعريف العهد لالتعريف الجنس على ماقاله ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى سبب نزول هذه الآية وعند الشافعى لايقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وانت خبير بان حمل اللام فى قوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد على العهد كما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى سبب النزول يحسم مادة الاستدلال بها رأسا لان مبنى استدلال الشافعى على حمل اللام للجنس وليس كذلك (والمسلم بالذمى) لعمومات الكتاب والسنة ولماروى انه عليه السلام قتل مسلما بذمى وقول على رضى الله عنه وانما اعطوا الجزية لتكون اموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا خلافا للشافعى لقوله عليه الصلاة والسلام لايقتل مؤمن بكافر ولانه لامساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ان المساواة فى العصمة ثابتة نظرا الى التكليف اوالدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما رواه الحربى لسياقه ولاذو عهد فى عهده والعطف للمغايرة كما فى الهداية (ولايقتلان) اى المسلم والذمى (بمستأمن) لانه غير معصوم الدم على التأبيد كامر (بل) يقتل (المستأمن بمثله) للمساواة بينهما وهوالقياس وفى الاستحسان ان لايقتل لقيام مبيح القتل فيه وفى المنح وينبغى ان يعول على الاستحسان لتصريحهم بان العمل على الاستحسان الافى مسائل مضبوطة يعمل فيها بالقياس ليست هذه المسئلة منها وقد اقتصر المولى خسرو فى مختصره على القياس انتهى (و) يقتل (الذكر بالانثى) وفى النهاية وذكر صاحب الكشاف فى تفسير قوله تعالى والانثى بالانثى قال مالك والشافعى (لا) يقتل الذكر بالانثى لكن هذا مخالف لعامة كتب الشافعى ومالك (و) يقتل (العاقل بالمجنون) لابعكسه (و) يقتل (البالغ بغيره) اى غير البالغ لابعكسه ايضا (و) يقتل (الصحيح بغيره) اى بغير الصحيح كالاعمى والزمن (و) يقتل (كامل الاطراف بناقصها) اى بناقص الاطراف للعمومات المذكورة (و) يقتل (الفرع باصله) وان علا لعدم المسقط (لا) يقتل (الاصل بفرعه) لقوله عليه الصلاة والسلام لايقاد الوالد بولده فالوالد يتناول الجد من قبل الاب والام وان علا والوالدة والجدة من طرف الاب والام وان علت وهو باطلاقه حجة على مالك فى قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولذا لايجوز له قتله وان وجده فى صف الاعداء مقاتلا اوزانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه الوارث كما فى الهداية (بل تجب الدية فى مال الاب القاتل) لانه قتل ابنه عمدا والعاقلة لاتعقل العمد (فى ثلاث سنين) وقال الشافعى تجب فى الحال لان التأجيل كاف للتخفيف فى حق الخاطئ وهذا عامد فلايستحقه ولنا ان المال ليس بمثل للنفس فكان القياس ان لايكون بدلا عنها الا ان الشرع ورد به مؤجلا فلا يعدل عنه (ولا) يقتل (السيد بعبده اومدبره اومكاتبه) لانه لووجب القصاص اوجب له كما لو قتله غيره ولايجوز ان يجب له على نفسه قصاص (وعبد ولده) اى لايقتل الوالد بقتله عبد ولده لان الوالد لايستوجب القصاص على الاب (وعبد بعضه له) اى ولايقتل المولى بقتل عبد بعضه له (وبعضه لاخر) لان القصاص لايتجزى فاذا سقط فى البعض يسقط فى الكل (وان ورث قصاصا على ابيه) بان قتل الاب ام ابنه اوقتل الاب اخا امرأته ثم ماتت امرأته قبل ان تقتص منه فان ابنها منه يرث القصاص الذى لها على ابيه (سقط) القصاص لحرمة الابوة (ولاقصاص على شريك الاب او المولى او) شريك (المخطئ او) شريك (الصبى او) شريك (المجنون او) شريك (كل من لايجب القصاص بقتله) كشريك الجد والام وغيرهما لمامر من انه اذا سقط فى البعض لاجل انه ملك البعض سقط فى الكل لعدم التجزى (وان قتل عبد الرهن لايقتص حتى يحضر الراهن والمرتهن)

لان المرتهن لاملك له فلا يلي القصاص والراهن لوتولاه يبطل حق المرتهن في الرهن فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه وقيل لايثبت القصاص لهما وان اجتمعا وقيد باجتماعهما حتى لواختلفا فلهما القيمة يكون رهنا مكانه (وان قتل مكاتب عن وفاء وله) اى للمكاتب (وارث مع سيده فلاقصاص) لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اختلفوا في موته حرا ورقا فعلى الاول الولي هو الوارث وعلى الثاني المولى فاشتبه من له حق القصاص فارتفع (وان لم يكن له وفاء يقتص سيده) بالاجماع سواء كان مع السيد وارث اولا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بموته عاجزا فيقتص المولى (وكذا) يقتص المولى (ان كان له وفاء ولاوارث له غير سيده) اى المكاتب عند الشيخين لان حق الاستيفاء للمولى يتعين لانعدام الوارث وتعدد السبب لايقتضي تعدد الحكم ولايؤدي الى المنازعة لاتحاد الحكم للمولى (خلافا لمحمد) فان عنده لايقتص المولى لانه لايستوفي لاشتباه سبب الاستيفاء وهو الولاء ان مات حرا او الملك ان مات عبدا (ولاقصاص الا بالسيف) سواء قتله به او بغيره لقوله عليه الصلاة والسلام لاقود الا بالسيف والمراد به السلاح ونحوه لقوله عليه الصلاة والسلام لاتعذبوا عباد الله وقال الشافعي يفعل بالقاتل مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات فيها والاتحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة والفعل المشروع كالرجم وهو في الجملة مشروع وغير المشروع كوطئ الصغيرة واللواطة بالصغير او ايجسار ا خمرا حتى قتله اختلف اصحاب الشافعي فيه قال بعضهم تحز رقبته ولايفعل به مثله واما القتل بحجر مشروع في الرجم فجاز ان يقتل به وقال بعضهم يتخذ له مثل آلته من الخشب ويفعل به مثل ما فعل وفي الخمر يوجر الماء حتى يموت (ولاب المعتوه ان يقتص من قاطع يده) اى المعتوه (وقاتل قريبه) يعني اذا قطع رجل يد المعتوه عمدا او قتل قريبه كولده فولي المعتوه يعني اباه يقتص من جانب المعتوه لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع الى النفس وهي تشفي الصدر فيليه كالانكاح (وان يصالح) اى لاب المعتوه ان يصالح القاطع على مال قدر الدية او اكثر لانه انظر في حق المعتوه ولو صالح على اقل منه لايجوز فيجب دية كاملة (لاان يعفو) اى ليس له ولاية العفو لانه ابطال لحقه بلا عوض (والصبي كالمعتوه) لان كل ماثبت من الاحكام المذكورة لاب المعتوه يثبت لاب الصبي (والقاضي كالاب في الصحيح) عند عدم الاب في الاحكام المذكورة لانه نائب من السلطان والسلطان يقتص من قاتل القتيل الذي لاولي له كذا يقتص النائب وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن محمد ان القاضي لايستوفي القصاص للصغير لا في النفس ولا فيما دون النفس ولا ان يصالح كذا في الخانية وفي النهاية قال ابو يوسف ليس للسلطان ان يقتص اذا كان المقتول من اهل دار الاسلام كاللقيط كما ليس له ان يعفو بغير مال لان الحق للمسلمين وقلنا السلطان ونائبه ولاية عامة فيلي الاستيفاء (وكذا الوصي) اى هو كالاب في جميع ذلك (الا انه لايقتص في النفس) لانه ليس له ولاية على نفسه حتى لايملك تزويجه ويدخل تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف لانه لم يستثن الا القود في النفس وفي كتاب الصلح ان الوصي لايملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود منه التشفي وهو يختص بالاب ولايملك العفو لان الاب لايملكه لما فيه من الابطال فهو اولى قالوا القياس ان لايملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لايملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال كذا في الهداية (ومن قتل وله اولياء كبار وصغار) بان كان للمقتول بنون صغار وكبار او اخوة صغار وكبار (فللكبار الاقتصاص من قاتله قبل كبر الصغار) عند الامام لانه حق ثابت لكل

منهم على الكمال فيجوز على الانفراد واحتمال العفو من الصغير منقطع كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت (خلافا لهما) لان الحق مشترك بينهم فلا ينفرد بعضهم باستيفائه وبه قال الشافعي واحمد في رواية (ولو غاب احد الكبار ينتظر) حضوره (اجماعا) لما بينا من احتمال العفو من الكبير الغائب (ومن قتل بحديدة المر اقتص منه ان جرحه) لانه سبب ظاهر للجرح (وان) قتل (بظهره) اى بظهر المر (او عصاه فلا) يقتص لكونهما غير جارح (وعليه الدية) عند الامام (وعندهما يقتص) وهو رواية عن الامام اعتبارا منه للالة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح كما مر وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان كما في الهداية (وكذا الخلاف في كل مثقل) ان كان مما لا يطيقه الانسان (وفي التغريق والخنق) يعني لا يقتص عند ابي حنيفة خلافا لهما لوجود القتل بغير حق وهو مذهب الشافعي وله ان القصاص يتعلق بالعمد المحض وهو ان يقتل بالة جارحة تعمل في نقض البنية ظاهرا وباطنا ولم يوجد والقود يستوفى بالسيف وفيه جرح للظاهر والباطن فلا تتماثلان وكذا لا يقتص في القتل بتغريق ان كان الماء كثيرا بحيث لا يمكنه النجاة بالسباحة كالبحر خلافا لهما وهو قول الشافعي فعنده يغرق ان كان كثيرا يمكنه النجاة بالسباحة فهو شبه العمد عندنا وان كان قليلا لا يقتل به غالبا فلا يقتص فيه بالاتفاق كما في شرح الوقاية لابن الشيخ وفي المنح وان سجن ساعة فلا دية فيه وان القاه من سطح او جبل او بئر ويرجى نجاته غالبا فهو خطأ العمد والا فعلى الخلاف ولو اوجره سما كرها او ناوله واكرهه على شربه فلا قود فيه والدية على عاقلته وقيل هو على الخلاف المعروف اذا كان السم مقدار ما يقتل غالبا وان ناوله فشرب من غير اكراه فلا قصاص فيه ولا دية علم الشارب به او لم يعلم ولو ادخله بيتا فمات فيه جوعا لم يضمن شيئا عند الامام وعندهما تجب الدية ولو دفنه حيا فمات يقاد به (وان تكرر) القتل بالمثقل والتغريق والخنق (منه) اى من القاتل (قتل به) اى بالقتل المكرر (اجماعا) لكن قال صاحب الاختيار وان تكرر منه ذلك فللامام قتله سياسة لانه سعى في الارض بالفساد (ولا قصاص في القتل بموالاة ضرب السوط) وقال الشافعي فيه القصاص لان الموالاة في ضرب السوط الى ان مات دليل العمدية فيتحقق موجب العمد وهو القصاص ولنا ما روى الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان هذه الالة غير موضوعة للقتل (ومن جرح) اى عمدا (فلم يزل ذا فراش حتى مات اقتص من جارحه) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه كما في الهداية (واذا التقى الصفان من المسلمين واهل الحرب فقتل مسلم مسلما ظنه حربيا فعليه الدية والكفارة لا القصاص) لان هذا احد نوعي الخطأ والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على يمان بن حذيفة قضى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بالدية قالوا انما يجب اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا يجب شيء لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه الصلاة والسلام من كثر سواد قوم فهو منهم (ومن مات بفعل نفسه وزيد وحية واسد) يعني من شج نفسه وشجه زيد وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك (فعلى زيد ثلث ديته) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا في الدنيا معتبرا في الاخرة حتى يأثم به بالاتفاق ولا يصلى عليه عند ابي يوسف ويغسل فقط وفعل زيد معتبر في الدنيا والاخرة فصارت الافعال ثلاثة اجناس ويوزع دية النفس اثلاثا فيكون التلف بفعل زيد ثلثها فعليه ثلث الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل فيه يفهم من هذا الكلام ان يكون المقتول عاقلا بالغا والا يلحق فعله بفعل الاسد والحية فيكون فعله هدرا كفعلهما وكذا يفهم ان لا يتفاوت في جانب الاسد والحية زيادة من وطئ فرسه حيث

يكون فعل هذه الثلاثة جنسا واحدا لكونه هدرا مطلقا ايضا حتى لاينقص بانضمام الفرس اليهما عن الثلث الواجب على زيد (ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله) لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر على المسلمين سيفا فقد احل دمه اى اهدره ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه الا به (ولاشئ بقتله) لانه باغ سقطت عصمته ببغيه فلم يلزم على القاتل قصاص ولادية ولا كفارة ولايختلف بين ان يكون بالليل او بالنهار فى مصر اوغيره (ولا) شئ (فى قتل من شهر على اخر سلاحا ليلا اونهارا فى مصر اوغيره اوشهر عليه عصا ليلا فى مصر اونهارا فى غيره فقتله المشهور عليه) لان السلاح لايلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل فلايختلف الحكم فيه بالنهار اوالليل اوالمصر اوغيره هذا فى السلاح واما العصا فكالسلاح ان كانت خارج المصر لافرق فيها بين الليل والنهار لانه لايلحقه الغوث حينئذ فكان له دفعه بالقتل بخلاف ما اذا كان فى المصر فجواز الدفع بالقتل مشروط بان يكون بالليل اما اذا كانت العصا فى المصر نهارا فلا يجوز له الدفع بالقتل كما سيأتى فى المتن (ولا) شئ (على من) اى شخص (قتل) اى ذلك الشخص (من) اى شخص آخر (سرق متاعه ليلا واخرجه ان لم يمكنه الاسترداد بدون القتل) لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا فى الابتداء فكذا استردادا فى الانتهاء وهذا اذا كان لايتمكن من الاسترداد الا بالقتل كما فى الهداية وغيرها اما اذا امكن الاسترداد بدون القتل كالتهديد والصياح وقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لانه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه بالاستعانة من المسلمين والحاكم فلاتسقط عصمته بخلاف السارق الذى لايندفع الا بالقتل كذا فى الزيلعى وشرط الاخراج لانه مالم يخرج المتاع لم يكن سارقا والذى فى اكثر الكتب انه اذا قصد الاخذ ولايتمكن من دفعه الا بالقتل فلاشئ بقتله وعلى هذا لافرق بين القتل بعد الاخراج اوقبل الاخراج حيث أنه فى الصورتين ان امكن الدفع اوالاسترداد بدون القتل لايقتل وان لم يمكن يجوز له القتل فلا فائدة بعتديها حينئذ بقيد الاخراج فتأمل (ويجب القصاص على قاتل من شهر عصا نهارا فى مصر) لانه يلبث فيمكن ان يلحقه الغوث ويفرق بين العصا التى تلبث والتى لاتلبث بالصغر والكبر فعند الامامين العصا التى لاتلبث مثل السلاح فى الحكم حيث لم يفرق فيها بين الليل والنهار والمصر وغيره (اوشهر سيفا وضرب به ولم يقتل ورجع) عطف على قوله شهر عصا يعنى يجب القصاص اذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر ولم يقتله وانصرف ثم ان المشهور عليه ضرب الشاهر فقتله لعصمة دم الشاهر بالانصراف لان هدر دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا انصرف عن ذلك عاد الى ما كان عليه من العصمة فيقتص من قاتله لانه قتل رجلا معصوم الدم (ولو شهر مجنون اوصبى على آخر سيفا فقتله الاخر عمدا فعليه الدية فى ماله ولو قتل جملا صال عليه ضمن قيمته) وعن ابى يوسف لاتجب الدية فى الصبى والمجنون ويجب الضمان فى الدابة وقال الشافعى لايجب فى الكل لانه قتله دفعا عن نفسه ولنا ان الفعل من هذه الاشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلاتسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا لايجب القصاص على الصبى والمجنون بقتلهما ولا الضمان بفعل الدابة واذا لم يسقط كان قضيته ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة الا انه لايجب القصاص ومقتضى قتل النفس المعصومة من الادمى وجوب القصاص لكنه امتنع لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية فى الادمى والقيمة فى الدابة

﴿باب القصاص فيما دون النفس﴾

لما فرغ من بيان القصاص فى النفس شرع فى بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل (هو) اى القصاص فيما دون النفس (فيما يمكن فيه) الضمير فى فيه يرجع الى ما باعتبار اللفظ وهى نكرة موصوفة عبارة عن فعل الجناية (حفظ المماثلة) وكل ما امكن رعايتها فيه يجب القصاص وما لا فلا (اذا كان عمدا فيقتص بقطع اليد من المفصل) لانه اذا قطع من نصف

الساعد حيث لا يمكن فيه رعاية المماثلة كما سيأتي (وان) وصلية (كانت اكبر من يد المقطوع) لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وانما اعتبر الكبر والصغر في شجة الرأس اذا استوعبت رأس المشجوج وكان رأس الشاج اكبر من رأسه لعدم المماثلة بينهما اذ المعتبر في ذلك هو الشين دون المنفعة بخلاف قطع اليد فان الشين فيه لا يختلف ولهذا خير بين الاقتصاص واخذ الارش (وكذا الرجل) اذا قطعت من المفصل للمماثلة لا من نصف الساق حيث لا يمكن المماثلة ايضا كما سيأتي (وكذا) يقتص (في قطع مارن الانف وفي الاذن) اذا قطعها عمدا فيقتص من القاطع لا في قصبة الانف لعدم امكان رعاية المماثلة (و) كذا يقتص (في العين ان ذهب ضوءها) بضرب اوغيره (وهي قائمة) اي والحال ان العين قائمة وقوله بضرب اوغيره اي بحيث لم تدمع اذا كانت مفتوحة مقابلة للشمس اولم تهرب من الحية اوقال ذلك طبيبان عادلان وفيه رمز الى انه لو ابيض بعض النظرة اواصابها قرحة اوسبل اوشيء مما يقبح بالعين ليس فيه قصاص بل حكومة عدل والى انه لو ذهب بياضه ثم ابصر لم يكن عليه شيء قالوا وهذا اذا صار كما كان واما اذا عاد دون ذلك ففيه حكومة عدل والى انه اذا كان عين المجني عليه اكبر من عين الجاني او اصغر فهو سواء وكذا اليدان والرجلان وكذا اصبعهما ويؤخذ ابهام اليمنى باليمنى والسبابة بالسبابة والوسطى بالوسطى ولا يؤخذ شيء من الاعضاء اليمنى الا باليمنى ولا اليسرى الا باليسرى فالحاصل انه لا يؤخذ شيء من الاعضاء الا بمثله من القاطع ومن قطع يد اظفارها سود او بها جراحة لا يوجب نقصان دية اليد يجب القصاص كما في المنح (لا) يقتص (ان قلعت العين وذهب نورها) اذ رعاية المماثلة في القلع والانخساف غير ممكن ثم بين طريق ذهاب ضوءها بقوله (فيجعل على الوجه قطن رطب) وتشد عينه الاخرى (وتقابل العين بمرآة محماة حتى يذهب ضوءها) وانما جعل هذا الوجه لصيانة الوجه والعين الاخرى عن الضرر (و) يقتص (في كل شجة تراعى فيها المماثلة كالموضحة) وهي ان يظهر العظم كما سيأتي (ولا قصاص في عظم سوى السن) لتعذر استيفاء المثل لانه يحتمل الزيادة والنقصان ولقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص في العظم وقال عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما لا قصاص في عظم الا في السن وهو المراد بالحديث فان كان السن عظما فالاستثناء متصل وان كان غير عظم فمنقطع وقد اختلف الاطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانها تحدث وتنمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم والى هذا ميل المصنف (فيقلع) من الضارب (ان قلع) سن المضروب سواء كان بينهما تفاوت في الصغر والكبر اولا لان منفعة السن لا تختلف بهما (ويبرد) بالمبرد (ان كسر) الى ان يتساويا لتحقق المماثلة في الكسر كما قال الله تعالى والسن بالسن قيل لا تقلع بالقلع بل تبرد الى ان تنتهي الى اللحم وينقطع ماسواه (ولا) قصاص (بين طرفي ذكر وانثى وحر وعبد ولا) في طرفي (عبدين) في القطع والقتل ونحوهما لانعدام المماثلة في الاطراف عندنا لانها يسلك بها مسلك الاموال فيثبت التفاوت بينهما في القيمة وعند الشافعي يجب القصاص في جميع ذلك اعتبارا للاطراف بالانفس لكونها تابعة لها (ولا) قصاص (في قطع يد من نصف الساعد) لما سلف من عدم امكان المماثلة (ولا) قصاص (في جائفة برئت) والجائفة هي الطعنة التي بلغت الجوف وانما قال برئت لان البرء فيها نادر فالظاهر ان الثاني يفضي الى الهلاك فلا يمكن رعاية المماثلة بخلاف ما اذا لم يبرأ فانها سارية فيجب القصاص واما التي لا يسري بعد فينتظر الى ان يظهر الحال من البرء او السراية (ولا) قصاص (في) قطع (اللسان ولا في الذكر) عندنا حيث يجري فيهما الانقباض والانبساط فلا يمكن المماثلة في الاستيفاء (الا ان قطعت الحشفة فقط) فحينئذ يقتص لان موضع القطع معلوم فصار كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص عليه لان البعض لا يعلم مقداره والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها وعن ابي يوسف ان قطع

من الاصل يقتص لامكان اعتبار المماثلة (وطرف المسلم والذمي سواء) للتساوي بينهما في الارش (وخير المجني عليه بين القصاص واخذ الارش لو كانت يد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع) لتعذر استيفاء حقه بكماله فيتخير بين ان يتجوز بدون حقه في القطع وبين ان يأخذ الارش كاملا كمن اتلف مثليا لانسان فانقطع من ايدي الناس ولم يبق الا الردي فانه يخير بين ان يأخذ الموجود ناقصا وبين ان يأخذ القيمة ثم اذا استوفى القصاص سقط حقه في الزيادة وقال الشافعي يضمنه النقصان وتمامه في المنح فليطالع (او) كان (رأس الشاج اصغر او اكبر) بحيث (لاتستوعب) الشجة (ما بين قرنيه) اى ما بين ناحيتي رأسه (وقد استوعبت) الشجة (ما بين قرني المشجوج) فقوله لاتستوعب آه قيد لكون رأس المشجوج اكبر فان الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة فيتعذر الاستيفاء كما اذا كان رأس المشجوج اكبر ورأس الشاج اصغر لما فيه من زيادة الشين فيخير ان شاء اخذ ارشها وان شاء اقتص ويسقط حقه في الزيادة واما الثاني وهو ما اذا كان رأس الشاج اكبر ورأس المشجوج اصغر فان الشين يزداد بازدياد الشجة فيزيد بالاستيفاء على فعله وبالاستيفاء قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين ما يلحق المشجوج فلهذا قلنا بالخيار

﴿فصل﴾

لما كان سقوط القصاص والصلح عنه بعد تحقق الجناية واحكامهما عقد هذا الفصل لذلك التميز مسائله عما سبق بيانه من الجنايات بانواعها فقال (ويسقط القصاص بموت القاتل) لفوات المحل (وبعفو الاولياء وبصلحهم على مال وان قل) المال لانه حقهم فيجوز تصرفهم فيه كيف شاؤا (ويجب) المال المصالح عليه (حالا) يعني اذا صالح الاولياء على مال عن القصاص وجب المال المصالح عليه قليلا كان او كثيرا حالا وان لم يذكروا الحلول والتأجيل لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول كالمهر والثمن ومشروعية الصلح ثابتة بقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما نزلت هذه الاية في الصلح وقوله عليه الصلاة والسلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين بين ان يأخذوا المال وبين ان يقتلوا فالمراد اخذ المال برضى القاتل وهو معنى الصلح ولانه حق ثابت للاولياء يجوز لهم التصرف فيه باسقاطه مجانا وهو العفو وبعوض وهو معنى الصلح بخلاف حد القذف لان الغالب فيه حق الله فلا يجري فيه العفو فكذا التعويض واعا كان القليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه شيء مقدر شرعا فيفوض الى رضاهما كالخلع وبدل الكتابة والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطأ فانه لا يجوز الصلح باكثر من الدية لانه دين ثابت في الذمة مقدر بقوله تعالى ودية مسلمة الى اهله فيكون اخذ اكثر منه ربوا (او يسقط) القصاص (بصلح بعضهم) اى الاولياء (او عفوه) اى البعض لان كل واحد منهم يتمكن من التصرف في نصيبه استيفاء واسقاطا بالعفو او الصلح لانه تصرف في خالص حقه ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما لو قتل رجلين فعفى اولياء احدهما حيث يكون لاولياء الاخر قتله لان الواجب فيه قصاصان لاختلاف القتل والمقتول فبسقوط احدهما لا يسقط الاخر (ولمن بقي) من الاولياء (حصته من الدية في ثلاث سنين على القاتل هو الصحيح) لان استيفاء القصاص تعذر لمعنى في القاتل وهو ثبوت عصمته بعفو البعض فيجب المال كما في الخطأ فان العجز عن القصاص ثمه لمعنى في القاتل وهو كونه خاطئا ولا حصة للعاقل لاسقاط حقه (وقيل على العاقلة) والصحيح هو الاول لان القتل عمد والعاقلة لاتتحمل العمد (ولو قتل حر وعبد شخصا فامر الحر وسيد العبد رجلا بالصلح عن دمهما بالف فصالح فهو نصفان) يعني اذا قتل حر وعبد رجلا عمدا حتى وجب عليهما الدم فامر الحر ومولى العبد رجلا ان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر ومولى العبد نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فيقسم بدله عليهما على السواء ولان الالف وجب بالعقد وهو مضاف اليهما فيتنصف موجبه

وهوالالف (ويقتل الجمع بالفرد) والقياس ان لايقتل لعدم المساواة وترك القياس باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم روى ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضى الله تعالى عنه وقال لو اجتمع عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان زهوق الروح لايتجزى واشتراك الجماعة فيما لايتجزى يوجب التكامل فى حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كاملا كانه ليس معه غيره كولاية الانكاح فى باب النكاح ثم اعلم انه لا بد فى المتن من قيد ان يجرح كل واحد جرحا مهلكا لان زهوق الروح يتحقق بالمساواة كما فى تصحيح القدورى للشيخ قاسم حتى اذا لم يجرح كل واحد جرحا مهلكا لايقتل قال الزاهدى فى المجتبى انما يقتل جميعهم اذا وجد من كل واحد منهم جرح يصلح لزهوق الروح فامااذا كانوا نظارة اومغرين اومعينين بالامساك والاخذ لاقصاص عليهم انتهى ويدل عليه قول الزيلعى فى تعليل وجوب قتل الجمع بالفرد لان زهوق الروح لايتجزى واشتراك الجماعة فيما لايتجزى يوجب التكامل فى حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كانه ليس معه غيره انتهى (و) يقتل (الفرد بالجمع اكتفاء ان حضر اولياؤهم) اى يكتفى بقتل الفرد حيث لاتجب الدية عندنا خلافا للشافعى لانه يقتل بالاول ويجب المال للباقين ان علم اول من قتل وان لم يعلم اول المقتولين يقتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته فيجب المال للباقين (وان حضر واحد) من الاولياء (قتل له) اى لذلك الواحد الحاضر (وسقط حق) اولياء (البقية) وهو القصاص عندنا لفوات المحل فصار كموت العبد الجانى (ولاتقطع يدان بيد وان امرا سكينا فقطعاها معا بل يضمنان ديتها) يعنى لاتقطع يدا رجلين بيد رجل امرا سكينا واحدا على يد فقطعت وضمنا دية واحدة على المناصفة عندنا لان كل واحد قاطع بعض اليد فلا مماثلة لان الانقطاع حصل باعتماد يديهما على السكين عند الامرار والمحل متجزئ فيضاف البعض الى كل واحد بخلاف النفس لان زهوق الروح لايتجزى وعند الشافعى يقطع يداهما قياسا بالانفس لكون الطرف تابعا لها وزجرا لهما وقيل عند الشافعى يقطع يد احدهما بالقرعة وعلى الآخر الدية قيل لو وضع احدهما السكين من جانب والآخر وضع السكين الاخر من جانب وامرا حتى التقى السكينان لايجب القصاص اتفاقا لان كلا منهما قاطع للبعض (فان قطع رجل يمينى رجلين) سواء قطعهما معا او على التعاقب (فلهما قطع يمينه ودية يد بينهما) وهو نصف دية النفس فيقسم بينهما نصفين (ان حضرا معا) لان المماثلة مرعية بالقيمة فى الاطراف وعند الشافعى يقطع بالاول فى التعاقب وللثانى الارش ويقرع بينهما فى القران والقصاص لمن خرجت قرعته وللآخر الارش (وان حضر احدهما) اى احد المقطوعين (وقطع) القاطع عند حضوره (فللآخر الدية) اى دية واحدة لان للحاضر ان يستوفى لثبوت حقه وتردد حق الغائب بين ان لايطلب او يعفو مجانا او يصالح فاذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر فى الدية لانه اوفى به حقا مستحقا (وصح اقرار العبد بقتل العمد ويقتص به) عندنا لانه غير متهم فيه لانه مضر بالعبد فيقبل قوله ولان العبد مبقى على اصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية سواء كان مأذونا او محجورا حتى لايجوز اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمان فلايبالى به خلافا لزفر اذ عنده لايجوز اقراره لانه يؤدى الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطأ او بالمال (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ الى آخر) عمدا (فماتا اقتص للاول) لانه عمد (وعلى عاقلته الدية للثانى) لانه احد نوعى الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

﴿فصل﴾

(ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بهما مطلقا) اى سواء كانا عمدين او خطأين او مختلفين (ان تخللهما برء) فيجب القطع والقتل فى العمدين ودية ونصف دية فى الخطأين والقطع والدية

اذاكان القطع عمدا والقتل خطأ والقصاص ونصف الدية فى عكسه والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل فى الاعم يقع بضربات متعاقبة وفى اعتبار كل ضربة بنفسها (بعض الحرج) الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه لتخلل البرء بينهما وهو قاطع للسراية فى العمدين والخطائين لاختلاف حكم الفعلين وتخلل البرء بينهما ايضا فى المختلفين (والا) اى وان لم يتخلل بينهما برء (فان اختلفا عمدا وخطأ) بان كان القطع عمدا والقتل خطأ او بالعكس (اخذ بهما) ايضا فيجب القطع والدية فى الاول والقصاص ونصف الدية فى الثانى لتعذر الجمع لاختلاف الجنايتين لكون احدهما عمدا والاخر خطأ (لا) يؤخذ بهما (ان كانا خطائين) ولم يتخلل بينهما برء (بل تكتفى دية واحدة) اعنى دية القتل لان دية القطع انما تجب عند استحكام اثر الفعل وهو ان يعلم عدم السراية (وفى العمدين) اللذين لم يتخلل بينهما برء (يؤخذ بهما) فيجب القطع والقتل عند الامام (وعندهما) لا يقطع (بل يقتل) فيدخل جزاء القطع فى جزاء القتل لان الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين هذين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة فى الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر (ولو ضرب به مائة سوط فبرء من تسعين ومات من عشرة وجب دية) واحدة (فقط) عند الامام لانه لما برء منها لا تبقى معتبرة فى حق الارش وان بقيت معتبرة فى حق التعزير الضارب فبقى الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل الامام وعن ابى يوسف فى مثله حكومة عدل وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب وثمن الادوية كما فى الهداية (وان جرحته) اى جرحت المضروب مائة سوط (وبقى لها الاثر) اى اثر الجراحة بعد البرء (ولم يمت تجب حكومة عدل) عند الامام لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار معنى الاثر فى النفس وان لم يبق لها اثر لا يجب شئ عنده (ومن قطعت يده عمدا فعفا) المقطوع (عن القطع فمات منه) اى من القطع (فعلى قاطعه الدية فى ماله) عند الامام لانه عفا عن القطع وهو غير القتل فلما سرى تبين انه القتل لا القطع فيجب ضمان القتل لان حقه فيه هذا فى القياس الا ان الدية وجبت استحسانا لان صورة العفو مورثة للشبهة (وعندهما هو) اى عفو المقطوع (عفو عن النفس) فلا يلزم على القاطع شئ اذ العفو عن القطع عفو عن موجبه وهو احد الامرين هو القطع ان لم يسر او القتل ان سرى (وان عفا) المقطوع (عن القطع وما يحدث منه) اى من القطع (او) عفا (عن الجناية) عمدا (فهو عفو عن النفس اجماعا) لكون الجناية جنسا متنا ولا للسارية والمقتصرة ثم مات من ذلك لا شئ عليه (والعمد من كل المال والخطأ من ثلثه) اى ثلث المال يعنى ان كان القطع عمدا وعفا عنه كان من كل المال لان موجبه قود وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه على الكمال وان كان خطأ وعفا عنه فهو عفو عن الدية فيعتبر من ثلث المال لان الدية مال وحق الورثة يتعلق بها والعفو وصية فيصح من الثلث (والشج كالقطع) اى العفو عن الشجة كالعفو عن القطع فاذا عفا المشجوج عن الشجة فمات منها يضمن شاجه ارشه عند الامام لان العفو مورث للشبهة فلا يضمن القتل وعندهما لا يجب شئ اذ العفو عن الشجة عفو عن موجبه هو الارش ان لم يسر او القتل ان سرى ولو عفا عن الشجة فهو عفو عن النفس وكذا لو عفا عن الشجة وما يحدث منها فهو عفو عن النفس ولو عفا عن الشجة خطأ فهو عفو معتبر من الثلث ولو عفا عن الشجة عمدا فهو عفو مجانا (وان قطعت امرأة يد رجل فتزوجها على موجب (يده ثم مات) المقطوع يده (فعليه مهر مثلها وعليها الدية فى مالها ان) قطعت (عمدا وعلى عاقلتها ان) قطعت (خطأ) هذا عند الامام لان العفو عن اليد او القطع لا يكون

عفوا عما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا كان تزوجها على القصاص فى الطرف وليس بمال على تقدير الاستيفاء فعلى تقدير السقوط اولى فلا يصلح للمهر فيجب لها عليه مهر المثل فان قيل قد سبق ان القصاص لايجرى بين الرجل والمرأة فى الطرف فكيف يصح تزوجها عليه اجيب ان الموجب الاصلى للعمد هو القصاص لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم تجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص فى الطرف فاذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وهو فى مالها لانه عمد والعاقلة لاتحمله فاذا وجبت له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا وان فضلت الدية ترده على الورثة وان فضل المهر ترده الورثة عليها وان كان القطع خطأ يكون تزوجها على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لاارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على مافى يده ولاشئ فيها والدية واجبة بنفس القتل لانه خطأ ولاتقع المقاصة لان الدية على العاقلة قيل ينبغى ان تقع المقاصة على القول المختار فى الدية وهو عدم وجوبها على العاقلة بل على القاتل (وان تزوجها على اليد وما يحدث منها) يعنى السراية (او على الجناية ثم مات) من ذلك القطع (فعليه مهر المثل فى العمد) لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا كما لو تزوجها على خمر او خنزير (ويرفع عن العاقلة مقداره) اى مقدار مهر مثلها (فى الخطأ) ان كان مهر المثل اقل من الدية (والباقى) من الدية (وصية لهم) اى للعاقلة (فان خرج) الباقى (من الثلث سقط والا) اى وان لم يخرج الباقى من الثلث (فقدر ما يخرج منه) لانه تزوج على الدية وهى تصلح مهرا لانه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه وان كان مريضا مرض الموت لكن التزوج من الحوايج الاصلية ولاتصح فى حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية والدية تجب على العاقلة وقد صارت مهرا فيسقط كلها عنهم ان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر (وكذا الحكم عندهما فى الصورة الاولى) اى فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما فى الفصلين اى الخطأ والعمد (ومن قطعت يده فمات بعد ما اقتص له من القاطع قتل قاطعه) يعنى لو ان رجلا قطع يد رجل فاقتص له بان قطع يده ثم مات المقطوع الاول منه قبل المقطوع الثانى قتل المقطوع الثانى به وهو القاتل الاول قصاصا لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص القود واستيفاء القطع لايوجب سقوط القود اذا استوفى طرف من عليه القصاص وعن ابى يوسف انه يسقط حقه فى القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه اى من المقطوع الاول ان حقه فيه وبعد السراية يتبين انه فى القود فلم يكن مبرأه عنه بدون العلم به (ومن قتل له ولى عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا عن القتل فعليه) اى على قاطع اليد (دية اليد) عند الامام لانه استوفى غير حقه لان حقه فى القتل وهذا قطع وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة واذا سقط وجب المال (ومن قطعت يده فاقتص من قاطعها) بنفسه بلا حكم حاكم كما فى الدرر (فسرى) القطع (الى نفسه فعليه) اى على المقتص (دية النفس) عند الامام لان حقه فى القطع لا فى القتل والسراية كان قتلا لا قطعا فصار فعله بغير حق وما يتقيد بوصف السلامة هو من الواجبات كالرمى الى الحربى وما نحن فيه ليس منها اذ العفو مندوب لكن لم يجب القصاص لاندرائه بشبهة فانقلب الى الدية (خلافا لهما فيهما) اى فى هذه المسئلة والمسئلة التى قبلها اما فى الاولى فلان اقدامه على القطع دليل على انه ابرأه عن غيره واما فى هذه المسئلة فلانه استوفى حقه وهو القطع فسقط حكم السراية اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة لما فيه من سد باب القصاص كالامام والقاضى اذا قطع يد السارق فسرى

الى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكالوقال اقطع يدى فقطعها ومات وفى المنح وضمان الصبى اذا مات من ضرب ابيه (اووصيه تأديبا عليهما) اى على الاب والوصى عند الامام كضرب معلم صبيا اوعبدا بغير اذن ابيه ومولاه وان كان الضرب باذنهما لاضمان وكذا يضمن زوج امرأة ضربها تأديبا

﴿ باب الشهادة فى القتل واعتبار حاله ﴾

لما كانت الشهادة فى القتل امرا متعلقا بالقتل اوردها بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشئ كان ادنى درجة من نفس ذلك الشئ (القود يثبت للوارث) بطريق الخلافة (ابتداء لابطريق الارث) عند الامام لانه يثبت بعد الموت والميت ليس اهلا لان يملك شيئا الا ماله اليه حاجة كالمال مثلا ولهذا يجهز وتقضى ديونه وتنفذ وصاياه من ماله وطريق ثبوته الخلافة وعندهما بطريق الارث والفرق بينهما ان الوراثة تستدعى سبق ملك المورث ثم الانتقال منه الى الوارث والخلافة لاتستدعى ذلك فالمراد بالخلافة ههنا ماذكره صدر الشريعة ان يقوم شخص مقام غيره فى اقامة فعله ففى القتل اعتدى القاتل على المقتول بمثل ما اعتدى عليه لكنه عاجز عن اقامته فالورثة قاموا مقامه من غير ان يكون المقتول ملكه ثم انتقل منه الى الورثة (فلايكون احدهم) اى احد الورثة (خصما عن البقية فيه) اى فى اثبات فعل القصاص بغير وكالة منهم فاذا اقيم القصاص اقيم بجميعهم (بخلاف المال) لان الميت اهل لان يملك المال ولذا لو نصب شبكة وتعلق به صيد بعد موته يملكه وعندهما يثبت بطريق الوراثة (فلواقام احد ابنين حجة بقتل ابيهما عمدا والاخر غائب لزم اعادتها) اى اعادة الحجة (بعد عود الغائب) ليتمكن من الاستيفاء عند الامام وحاصله انه ليس للحاضر ان يستوفى القصاص قبل عود الغائب بل اذا اقام الحاضر البينة يحبس القاتل لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس فان عاد الغائب فليس لهما ان يقتلاه بتلك البينة بل لابد لهما من اعادة البينة (خلافا لهما) اى قالا لايلزم اعادتها بعد عود الغائب بل يحبس ايضا اذا اقام الحاضر البينة فاذا عاد الغائب فلهما ان يقتلاه بتلك البينة (وفى) قتل (الخطأ والدين لاتلزم) اعادة البينة اذا جاء الغائب بعد اقامة الحاضر لان هذا لايوجب القود بل يوجب الدية فطريق ثبوته الوراثة اجماعا وحاصل الكلام ان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يدعى مالا للميت اوعليه كما اذا ادعى احد الورثة شيئا من تركة الميت على احد واقام عليه بينة يثبت حق الجميع بلاحاجة الى الدعوى والاثبات من الباقين وكذا اذا ادعى احد على احدهم شيئا من التركة واقام عليه بينة يثبت على جميعهم بلاحاجة الى الدعوى والاثبات على الباقين (ولو برهن القاتل على عفو) الوارث (الغائب فالحاضر خصم) عن الغائب (ويسقط القود) اى لو اقام القاتل البينة على الوارث الحاضر ان الوارث الغائب قد عفا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فتقبل بينة العفو عليه لانه يدعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص وانتقاله الى المال فاذا قضى عليه يصير الغائب مقضيا عليه تبعا ويسقط القود عن القاتل لعدم التجزى وينقلب الى الدية (وكذا اذا قتل عبد رجلين واحدهما غائب) فاقام القاتل بينة على الحاضر ان شريكه الغائب قد عفا عنه ينتصب الحاضر خصما ويسقط القود لما بين آنفا (ولو شهد وليا قصاص بعفو اخيهما لغت) تلك الشهادة يعنى اذا كان اولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهما على الثالث انه عفا فشهادتهما باطلة لانهما يجران الى انفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا وهو عفو منهما لانهما زعما ان القصاص قد سقط وزعمهما معتبر فى حق انفسهما وهذه المسئلة على وجوه اربعة ذكر الاول بقوله (فان صدقهما) اى الوليين (القاتل فقط) وكذبهما المشهود عليه (فالدية بينهم اثلاثا) لانه بتصديقه اياهما اقر لهما بثلثى الدية فلزم وادعى بطلان حق الشريك فلم يصدق فتحول مالا وغرم القاتل الدية اثلاثا وذكر الثانى بقوله (وان كذبهما) القاتل بعد

ان كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو (فلاشيء لهما) اي للوليين الشاهدين (ولاخيهما ثلث الدية) لانهما بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما في القصاص فصح اقرارهما في حق انفسهما وادعيا انقلابه مالا فلا تصدق دعواهما الا ببينة وللولي المشهود عليه ثلث الدية لان دعواهما عليه العفو وهو ينكر فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما وذكر الثالث بقوله (وان صدقهما اخوهما فقط) دون القاتل (غرم القاتل له) اي للاخ (ثلث الدية) يعني يغرم القاتل ثلث الدية وهو نصيب الشريك (ثم يأخذانه) اي يأخذ المخبران الثلث (منه) اي من الشريك المصدق لان زعم الشريك انه عفا لتصديق المخبرين فلاشيء له على القاتل ولهما على القاتل ثلث الدية وما في يد الشريك وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما لاقراره لهما بذلك كمن قال لفلان علي الف درهم فقال المقر له ليس ذلك لي وانما هو لفلان فان ذلك يصرف اليه فكذا هذا وهذا كله استحسان والقياس ان لا يلزم القاتل شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل باقراره بالعفو لكونه تكذيباله وجوابه ان القاتل بتكذيبه للشاهدين قد اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص قد سقط بشهادتهما كما اذا عفا والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل اضاف الوجوب الى غيره بتحول الواجب للشاهدين وفي مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان علي كذا فقال المقر له ليس لي ولكنه لفلان على ما بينا كما في التبيين (وان اختلف شاهدا القتل في زمانه) اي زمان القتل (او مكانه او في آلته) بان قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر قتله بالسيف (او قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر لا ادري بما ذا قتله بطلت) شهادتهما لان القتل لا يتكرر فالقتل في زمان او مكان غير القتل في زمان آخر ومكان آخر وكذا القتل بالة غير القتل بالة اخرى وتختلف الاحكام باختلاف الالة فكان على كل قتل شهادة فردت فلم تقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط للقبول ولم يوجد ولان القاضي تيقن كذب احدهما لاستحالة اجتماع ما ذكر واذا بين احدهما الالة وقال الاخر لا ادري بماذا قتله فلا تقبل شهادتهما ايضا لان المطلق يغاير المقيد لان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد يوجب الدية على العاقلة فاختلف حكمهما كالصورة الاولى فلا تقبل واما اذا شهد احدهما بالقتل معاينة والاخر على اقرار القاتل كان باطلا لاختلاف المشهود به فان احدهما فعل والاخر قول وقد تقرر في كتاب الشهادة انه لا يجمع بين قول وفعل وكذا تبطل الشهادة لو كمل النصاب في كل واحد منهما بان شهد شاهدان انه قتله يوم الجمعة وآخران انه قتله يوم السبت او شهدوا كذلك في المكان لتيقن القاضي بكذب احد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول ولو كمل احد الفريقين دون الاخر قبل الكامل منهما لعدم المعارض كما في المنح (وان شهدا بالقتل وجهلا الالة) بان قالا لا ندري باي شيء قتله (لزمت الدية) استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف باختلاف الالة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه ومثل ذلك شائع شرعا لان الشرع اجاز الكذب في اصلاح ذات البين على ما ورد به الحديث ليس بكذاب من اصلح بين اثنين وقال خيرا فبهذا مثله او احق منه فيحمل عليه وانما وجبت الدية في ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطاء بالشك (ولو اقر كل واحد من رجلين بقتل زيد وقال وليه قتلتماه جميعا فله) اي للولي (قتلهما) جميعا لان تكذيب الولي في بعض ما اقر به وهو الانفراد بالقتل لا يبطل الاقرار وان كان فيه التفسيق لان فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار وكذا لو قال الولي لاحدهما انت قتلته ان يقتله دون الاخر ولو قال الولي في صورة الاقرار صدقتما ليس له ان يقتل

واحدا منهما لان كل واحد منهما يدعى الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كانه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك فيه احد كما تقول فيكون مقرا بان الآخر لم يقتله بخلاف الاول وهو ما اذا قال قتلتماه ولانه دعوى القتل من غير تصديق فيقتلهما باقرارهما ولو اقر رجل بانه قتله فقامت البينة على آخر انه قتله كلاهما كان للولى قتل المقر دون المشهود عليه ولو قال الولى لاحد المقرين صدقت انت قتلته وحدك كان له قتله كما اذا قال ذلك لاحد المشهود عليهما شهدا على رجل بقتله خطأ وحكم بالدية وجاء المشهود بقتله حيا ضمنت العاقلة الولى او الشهود ورجع الشهود على الولى والعمد كالخطأ الا فى الرجوع ولو شهدا على اقراره او شهدا على شهادة غيرهما فى الخطأ لم يضمنا وضمن الولى الدية للعاقلة كما فى التنوير (ولو شهدا بقتل زيد عمرا و) شهد (آخران بقتل بكر اياه وادعى وليه قتلهما لغتا) اى الشهادتان لان تكذيب الولى الشاهد فى بعض ما شهد به وهو الانفراد فى القتل يبطل الشهادة اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول (والعبرة بحالة الرمى) لان الرمى فعل الرامى ولا فعل له بعده يوجب اعتبار حاله فى حق الحل والضمان عند ذلك (لا الوصول) اى ليس المعتبر حالة الوصول (فى تبدل حال المرمى) عند الامام (فلو رمى مسلما) عمدا (فارتد فوصل) السهم (اليه فمات تجب الدية) عنده لان التضمين لورثة المرتد لكونه معصوما وقت الرمى لا القصاص لانه درئه بالشبهة فتجب الدية (خلافا لهما) اى لا شئ على الرامى لان التلف حصل فى محل غير معصوم فيكون هدرا ولان المرمى اليه كان مبرئا بالارتداد عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت (ولو رمى مرتدا فاسلم قبل الوصول لا يجب شئ اتفاقا) وكذا اذا رمى حربيا ثم اسلم لان الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك (وان رمى عبدا فاعتق فوصل) السهم اليه بعد ما اعتق (فعليه) اى على الرامى (قيمته عبدا) عند الشيخين لانه يصير قاتلا من وقت الرمى وقد صار هو مملوكا فى تلك الحالة فتجب قيمته (وعند محمد) عليه (فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمى) لان توجه السهم عليه اوجب اشرافه على الهلاك حتى لو كانت قيمته قبل الرمى الفا وبعده ثمانمائة يلزم الرامى مائتان وقال زفر تجب عليه الدية لان الرمى يصير علة عند الاصابة اذ علة الاتلاف لا تصير من غير تلف يتصل به وقد تلف به الحى (وان رمى محرم صيدا فحل) من احرامه قبل الاصابة (فوصل) السهم الى الصيد فقتله (وجب الجزاء) اذ الاعتبار بحالة الرمى (وان رماه حلال واحرم) بعد الرمى (فوصل) السهم الى الصيد فقتله (فلا) يجب الجزاء لان رميه وقع حال كونه حلالا وان وصل اليه السهم بعد احرامه (وان رمى من قضى عليه برجم) اى اذا قضى القاضى برجم رجل فرماه رجل (فرجع شهوده) بعد الرمى (فوصل) بعد رجوع الشهود (لا يضمن) الرامى لما ان المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم فيها (ولو رمى مسلم صيدا فتمجس) اى صار مجوسيا (فوصل حل) الصيد (وفى العكس) يعنى لو رمى مجوسى صيدا فاسلم فوصل (يحرم) لان المعتبر حالة الرمى وهو الاصل فى مسائل هذا الباب وذلك بالاتفاق وانما عدل ابو يوسف ومحمد عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله تعالى قبل الاصابة باعتبار انه صار مبرئا له بالردة على ما بيناه فى اول هذا الفصل كما فى المنح

﴿كتاب الديات﴾

وجه المناسبة فى ذكر الديات بعد الجنايات كون الدية احد موجبى الجناية المشروعين للصيانة ولما كان القصاص اشد صيانة قدم موجبه والديات جمع دية وهو مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذى هو بدل النفس وقال المولى المعروف باخى ثم قيل لذلك المال دية تسمية بالمصدر وواوها محذوفة كذا فى المغرب (الدية المغلظة من الابل مائة ارباعا) يعنى ان الدية المغلظة فى شبه العمد تكون اربعة انواع بينها بقوله (بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع) قد سبق تفسير الكل فى كتاب

الزكوة (من كل) اى من كل واحدة منها (خمس وعشرون) فيكون جملتها مائة هذا عند الشيخين (وعند محمد) وهو قول الشافعى (ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون ثنية) قد سبق تفسيرها فى كتاب الزكوة (كلها) اى كل الثنيات (خلفات) بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام والفاء جمع خلفة وهى الحامل من النوق فيكون قوله (فى بطونها اولادها) صفة كاشفة وفى غاية البيان ان تغليظ الدية مروى عن ابن مسعود وزيد وابى موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنهم لكن اختلفوا فى كيفية التغليظ فعند الشيخين ماذكر اولا وعند محمد والشافعى ماذكر ثانيا لقوله عليه الصلاة والسلام الا ان قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة من الابل اربعون منها فى بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ من دية الخطأ المحض ودليل الشيخين قوله عليه الصلاة والسلام فى نفس المؤمن مائة من الابل وجه الاستدلال به ان الثابت عنه صلى الله تعالى عليه وسلم هوهذا ومارواه محمد والشافعى غيرثابت لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فى صفة التغليظ فان عمر رضى الله تعالى عنه وزيد بن ثابت والمغيرة بن شعبة رضى الله تعالى عنهم قالوا مثل ماقالا وقال على رضى الله تعالى عنه تجب اثلاثا ثلاثة وثلثون حقة وثلاثة وثلثون جذعة واربعة وثلثون خلفة وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه مثل ماقلنا ولامدخل للرأى فى المقادير فكان كالمرفوع وصار معارضا لمارويناه واذا تعارضا كان الاخذ بالادنى وهو المتيقن اولى وفى النهاية وذكر فى المبسوط ان الشيخين احتجا بحديث السائب بن يزيد ان النبى عليه الصلاة والسلام قضى فى الدية بمائة من الابل ارباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانها فى الخطاء تجب اخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد على انه قال عليه الصلاة والسلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل والمراد ادنى مايكون منه فكان ماقلناه اولى ولان الدية انما تجب عوضا والحامل لايجوز ان تستحق بشئ من المعاوضات لوجهين احدهما ان صفة الحمل لايمكن الوقوف على حقيقتها والثانى ان الجنين من وجه كالمنفصل فيكون هذا فى معنى ايجاب الزائد على المائة عددا وبالاتفاق ليس التغليظ من حيث العدد بل من حيث السن ثم ان الديات تعتبر بالصدقات والشرع نهى عن اخذ الحوامل فى الصدقات لانها كرائم اموال الناس فكذلك فى الديات (ولاتغليظ فى غير الابل) يعنى لايزاد فى الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم اوالف دينار (وهى) اى الدية المغلظة (فى شبه العمد) لماروى من الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الا ان قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة (و) الدية (المخففة) مبتدأ خبره قوله الف دينار (وهى) اى الدية المخففة (فى الخطأ ومابعده) مما اجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب (من الذهب الف دينار) قيمة كل دينار عشرة دراهم فقوله من الذهب حال من الف قدمت على صاحبها (ومن الورق) بفتح الواو وكسر الراء الفضة (عشرة آلاف درهم) وقال مالك والشافعى اثنى عشر الف درهم لماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رجلا قتل فجعل النبى عليه الصلوة والسلام ديته اثنى عشر الف درهم رواه ابوداود والترمذى ولنا ماروى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم وماقلناه اولى للتيقن به لانه اقل ويحمل مارواه على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا كانت الدراهم فى زمن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم الى زمن عمر رضى الله تعالى عنه على ماحكاه الخبازى فانه قال كانت الدارهم على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ثلاثة الواحد منها وزن عشرة اى العشرة منها وزن عشرة دنانير فيكون الواحد قدر دينار والثانى وزن ستة اى العشرة منها وزن ستة دنانير والثالث وزن خمسة اى العشرة منها وزن خمسة دنانير فجمع عمر رضى الله تعالى عنه بين الثلاثة فخلطه فجعله ثلث دراهم فصار ثلث المجموع وتمامه فى التبيين فليراجع (ومن الابل مائة) قيمة كل ابل مائة درهم حال كونها

(اخماسا ابن مخاض) ذكر وبنت مخاض (وبنت لبون وحقة وجذعة من كل) واحد منها (عشرون) لما روى ابن مسعود رضى الله تعالى عنه ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم قال فى دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض رواه ابو داود والترمذى واحمد والشافعى اخذ بمذهبنا غير انه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحديث حجة عليه (ولا دية من غير هذه الاموال) اى من النقدين والابل عند الامام لان مالية الغير مجهولة فلا يجوز التقدير واما التقدير فمعروف بالآثار المشهورة (وقالا منها) اى من هذه الانواع (ومن البقر ايضا مائتا بقرة) قيمة كل بقرة خمسون (ومن الغنم الفا شاة) قيمة كل شاة خمس (ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) اى ازار ورداء قيمة كل حلة خمسون لان عمر رضى الله تعالى عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها (وكفارة شبه العمد والخطأ) وما اجرى مجرى الخطأ (عتق) اى اعتاق (رقبة مؤمنة فان عجز) عن الاعتاق (فصيام شهرين متتابعين) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وشبه العمد خطأ فى حق القتل وان كان عمدا فى حق الضرب فتناولهما الآية (ولا اطعام فيها) اى فى هذه الكفارة لعدم ورود النص به والمقادير لا تجب الا سماعا (وصح اعتاق رضيع احد ابويه مسلم) للكفارة لانه يكون مؤمنا بالتبعية لقوله عليه الصلاة والسلام والولد يتبع خير الابوين دينا ولا يقال كيف اكتفى هنا بالظاهر فى سلامة اطرافه حتى اجاز التكفير به ولم يكتف بذلك فى حق وجوب الضمان باتلاف اطرافه لانا نقول الحاجة فى التكفير الى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدفع والحاجة فى الاتلاف الى الزام الضمان وهو لا يصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد التكفير اذا عاش ولا كذلك فى الاتلاف فافترقا (لا) اعتاق (الجنين) لانه لم تعرف حيوته ولا سلامته بعد (و) الدية (للمرأة فى النفس وما دونها نصف ما للرجل) روى ذلك عن على رضى الله تعالى عنه موقوفا ومرفوعا وقال الشافعى لا ينتصف الثلث وما دونه يعنى اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك فالمرأة والرجل فيه سواء وان زاد على الثلث فحالهما فيه على النصف من حال الرجل (و) يجب (للذمى مثل ما للمسلم) فى النفس والاطراف عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام دية كل ذى عهد فى عهده الف دينار والتساويهما فى الحيوة والعصمة وكذا حكم المستأمن لما روى انه عليه الصلاة والسلام جعل ديته كالذمى وعند الشافعى دية الكتابى ثلث المسلم وهى اربعة آلاف درهم اذ دية المسلم عنده اثنى عشر الف درهم كما ذكر ودية المجوسى ثلث خمس دية المسلم وهو ثمانمائة درهم وعند مالك دية الكتابى نصف دية المسلم وهو ستة آلاف درهم اذ دية المسلم عنده ايضا اثنى عشر الف درهم

﴿ فصل ﴾

(فى النفس الدية) انما ذكر دية النفس فى اول هذا الفصل مع انه معقود لبيان احكام الدية فيما هو تبع لها وهو الاطراف تمهيدا لذكر ما بعده وتبركا بلفظ الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى المارن الدية فلهذا قال (وكذا فى المارن) وهو مارن من الانف الدية (و) كذا (فى اللسان) الدية (ان منع النطق) لفوت منفعة مقصودة وهو النطق وكذا فى قطع بعضه اذا امتنع من الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان وهى ستة عشر حرفا التاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاى والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء فما اصاب الفائت يلزمه وقيل ان قدر على اداء اكثر الحروف تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منه الافهام واختاره المصنف ولهذا قال (او) منع

اداء اكثر الحروف) لتفويت منفعة الافهام (وفى الصلب) الدية (ان منع الجماع) وقطع الماء (وفى الافضاء) الدية (اذا منع استمساك البول) لانه من جنس المنافع (وفى الذكر) الدية لان فيه تفويت المنفعة وهى الوطئ والايلاد واستمساك البول والرمى به ودفق الماء والايلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة وفى البزازية وان قطع الذكر من اصله ان خطأ فدية وان عمدا اختلف اصحابنا وفى المنتقى لاقصاص فيه قالوا وهو قول محمد وعن الثانى ان فى الحشفة القصاص واذا قطع بعضها فلاقصاص (وفى حشفته) اى حشفة الذكر الدية لانها اصل فى منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع لها (وفى العقل) الدية اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك لان الانسان بالعقل يمتاز عن غيره من الحيوان وبه ينتفع فى معاشه ومعاده (وفى السمع وفى البصر وفى الشم وفى الذوق) يعنى فى كل منها الدية كاملة لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى ان عمر رضى الله تعالى عنه قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه فذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال ابو يوسف لايعرف الذهاب والقول قول الجانى لانه منكر فلا يلزمه شئ الا اذا صدقه اونكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فاذا دمعت عينه علم انها باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم انها لم تذهب وان لم تهرب فهى ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع ان يغافل ثم ينادى فان اجاب علم انه لم يذهب وان لم يجب فهو ذاهب وروى عن اسمعيل بن حماد ان امرأة ادعت انها لاتسمع وتطارشت فى مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها فظهر كذبها (وفى اللحية ان لم تنبت) الدية (و) كذلك (فى شعر الرأس) الدية ان لم ينبت يعنى اذا حلق اللحية اوالرأس ولم ينبت الشعر فيجب الدية فى كل واحد منهما لانه ازال جمالا على الكمال وقال مالك والشافعى لاتجب فيه الدية وتجب حكومة عدل لان ذلك زيادة فى الادمى ولهذا ينمو بعد كمال الخلق ولهذا يحلق الرأس واللحية فى بعض البلاد فلا تتعلق بهما الدية كشعر الصدر والساق اذ لا تتعلق به منفعة ولنا قول على رضى الله تعالى عنه فى الرأس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة والموقوف فى مثل هذا كالمرفوع لانه من المقادير فلا يهتدى اليه بالرأى واما لحية العبد وقد روى الحسن عن الامام انه يجب فيه كمال القيمة فلا يلزمنا والجواب ان المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لايفوت بالحلق بخلاف الحر لان المقصود منه فى حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفى الشارب حكومة عدل وانما وجب فيه حكومة عدل لانه تابع للحية وفى هذا التعليل اشارة الى ان الواجب فى بعض اللحية حكومة عدل اذا كان دون النصف اما اذا كان النصف فالواجب به نصف الدية كما فى البزازية وذكر الفضلى نتف لحيته ينظر الى الذاهب والى الباقى فيجب بحسابه واذا نبت بعض اللحية فحكومة عدل انتهى (وكذا الحاجبان) يجب فيهما الدية وفى احدهما نصف الدية خلافا للشافعى ومالك فانه يجب عندهما حكومة عدل (و) كذا (الاهداب) لانه يفوت بهما الجمال على الكمال او جنس المنفعة وهو دفع القذى عن العينين (وفى العينين) الدية لان جنس المنفعة يفوت بفواتهما (وفى الاذنين وفى الشفتين وفى ثدى المرأة) انما قيد بثدى المرأة لان فيه تفويت منفعة الارضاع بخلاف ثدى الرجل لانه ليس فيه تفويت منفعة ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفى حلمتى المرأة كمال الدية وفى احديهما نصف الدية (وفى اليدين وفى الرجلين وفى اشفار العينين) جمع شفر وهو منبت الاهداب من طرف الجفن اخذ من شفير الوادى وانما وجبت الدية فيما ذكر لفوات الجمال والمنفعة (وفى كل واحد مما هو اثنان فى البدن) كالاذن والشفة واليد والرجل مثلا (نصف الدية) لان النبى صلى الله تعالى عليه

وسلم كتب لعمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه وفى العينين كل الدية وفى احديهما نصف الدية ولان
فى تفويت الاثنين تفويت جنس المنفعة وكمال الجمال فيجب كل الدية وفى تفويت احديهما تفويت
النصف فيجب نصف الدية (وفى) كل (واحد مما هو اربعة) من البدن (ربعها) اى ربع الدية
كالاشفار (وفى كل اصبع من يد اورجل عشرها) لقوله عليه الصلاة والسلام وفى كل اصبع
عشر من الابل (وفى كل مفصل منها) اى من الاصابع (مما فيه مفصلان) كالابهام (نصف
عشرها) اى نصف عشر الدية (ومما فيه ثلثة مفاصل) كباقى الاصابع فى كل مفصل (ثلثه)
اى ثلث عشر الدية تنقسم عشر الدية على المفاصل كانقسام دية اليد على الاصابع (وفى كل سن
نصف عشرها) وهو خمس من الابل لقوله عليه الصلاة والسلام وفى كل سن خمس من الابل
ومن الدراهم خمسمائة درهم (وكل عضو ذهب نفعه ففيه) اى فى ذلك العضو (دية وان كان
قائما كيد شلت وعين ذهب ضوءها) بالضرب لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة
ولاعبرة للصورة بلامنفعة لكونها تابعة فلايكون لها حصة من الارش الااذا تجردت عن المنفعة
قبل الاتلاف كاتلاف اليد التى خلت عن البطش ففيها حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد
الشلاء وارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن السامعة كذا فى التبيين

﴿فصل﴾

(لاقود فى الشجاج) فصل احكام الشجاج بفصل على حدة لتكاثر مسائل الشجاج اسما وحكما
واعلم يجب القود فيه لانه لايمكن اعتبار المساواة فيه لان مادون الموضحة ليس له حد ينتهى اليه
السكين ومافوقها كسر العظم ولاقصاص فيه لقوله عليه الصلاة والسلام لاقصاص فى العظم
هذه رواية الحسن عن الامام وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة (الافى الموضحة
ان كانت عمدا) بالاتفاق لما روى انه صلى الله تعالى عليه وسلم قضى بالقصاص فى الموضحة ولانه
يمكن ان ينتهى السكين الى العظم ولانه يمكن ان يسبر غورها بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك
فيقطع بها مقدار ماقطع فيتساويان فيتحقق القصاص (وفيها) اى فى الموضحة (خطأ نصف
عشر الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم قال فى الموضحة خمس
من الابل (وهى) اى الموضحة الشجة (التى توضح العظم) اى تبينه (وفى الهاشمة) خبر مقدم للمبتدأ
الآتى وهو قوله عشرها (وهى) اى الهاشمة الشجة (التى تهشم العظم) اى تكسرها (عشرها)
اى عشر الدية لقوله عليه الصلاة والسلام وفى الهاشمة عشر من الابل (وفى المنقلة وهى التى تنقل
العظم) اى تحوله بعد الكسر (عشرها) اى عشر الدية (ونصفه) اى نصف عشرها فيكون
خمسة عشر من الابل لقوله عليه الصلاة والسلام وفى المنقلة خمسة عشر من الابل (وفى الآمة)
وهى الشجة (التى تصل الى ام الدماغ) وهى الجلدة الرقيقة التى تجمع الدماغ (ثلثها) اى ثلث
الدية لما روى انه عليه الصلاة والسلام قال وفى الآمة ويروى وفى المأمومة ثلث الدية (وكذا
فى الجائفة) اى يجب ثلث الدية فى الجائفة ايضا وهى الجراحة التى تصل الى الجوف (فان نفذت)
اى الجائفة الى الجانب الآخر (فهما جائفتان ويجب ثلثاها) اى ثلثا الدية لما روى عن ابى بكر
الصديق رضى الله تعالى عنه انه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية ولانها اذا
نفذت صارت جائفتين فيجب فى كل واحدة منهما الثلث (وفى كل من الحارصة) بالحاء والراء والصاد
المهملات (وهى التى تشق الجلد) ولاتخرج الدم (والدامعة) بالعين المهملة (وهى التى تخرج منه)
اى من المجروح (ما يشبه الدم) يعنى تظهر الدم ولاتسيله بل تجمع فى موضع الجراحة كالدمع
فى العين (والدامية وهى التى تسيل الدم) وفى القهستانى نقلا عن الذخيرة الدامية على ماذكره
الطحاوى شجة تسيل الدم وعلى ماذكره شيخ الاسلام مايسيله اكثر مايكون فى الدامية فالدامية
على ماذكره مايدمى الجلد سواء كان سائلا اوغير سائل وعلى ماذكره الطحاوى مايدميه ولايسيله

وفي الظهيرية هي مايدميه من غيران يسيله وهو الصحيح والدامعة مايسيله كدمع العين (والباضعة) بالضاد المعجمة والعين المهملة (وهي التي تبضع الجلد) اي تقطعه مأخوذ من البضع وهو القطع (والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم) وتقطعه بعد قطع الجلد من تلاحم اي التأم وتلاصق سميت بذلك تفاؤلا كما سمي اللديغ سليما (والسمحاق) بكسر السين المهملة وسكون الميم والحاء المهملة (وهي جلدة) رقيقة (فوق العظم) تحت اللحم (تصل اليها) اي الى تلك الجلدة الرقيقة (الشجة حكومة عدل) بالاجماع مبتدأ مؤخر خبره ماتقدم من قوله وفي كل من الجارحة الى اخر ما ذكر وسيأتي تفسير حكومة عدل وانما وجبت لانه ليس في كل منها ارش مقدر شرعا ولايمكن الاهدار فوجب الاعتبار بحكم العدل وهو مأثور عن ابراهيم النخعي و عمر بن عبد العزيز (وعن محمد فيها) اي فيما ذكر من انواع الشجاج (القصاص) اذا كان عمدا (كالموضحة) وقد تقدم انها ظاهر الرواية في اول الفصل (والشجاج تختص بالوجه والرأس والجائفة بالجوف والجنب والظهر) وماكان في غيرها يسمى جراحة لان الوارد فيما يختص بالوجه والرأس والجوف والجنب والظهر ولانه انما ورد الحكم لمعنى الشين وهو في الرأس والوجه ولهذا قال (وماسوى ذلك) اي مافي الوجه والرأس والجوف والجنب والظهر (جراحات) وفي الهداية واما اللحيان فقد قيل ليس من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لايجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولامواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق معنى المواجهة ايضا (وفيها) اي في الجراحات (حكومة عدل وهي) اي حكومة العدل على ماقاله الطحاوي (ان يقوم) المجروح (عبدا بلا هذا الاثر ومعه) اي مع هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت مابين القيمتين (فانتقص من قيمته وجب بنسبته من ديته) مثلا يفرض ان هذا الحر عبد وقيمته بلا هذا الاثر الف درهم ومع ذلك الاثر تسعمائة فالتفاوت بينهما مائة درهم وهو عشر الالف فيؤخذ هذه التفاوت من الدية وهي عشرة آلاف درهم فعشرة الف درهم فهو حكومة عدل (وبه يفتى) اي بما ذكر من هذا التفسير بحكومة العدل وقيد يفتى احتراز عما ذكره الكرخي وهو ان ينظر مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان مالا نص فيه يرد الى المنصوص عليه قيل قول الكرخي اصح ماقاله الطحاوي لان عليا رضي الله تعالى عنه اعتبر بهذا الطريق فيمن قطع طرف سنه (وفي) قطع (اصابع اليد) الواحد (وحدها اومع الكف نصف الدية) لان الارش لايزيد بسبب الكف لانها تابعة بل الواجب في كل اصبع عشر من الابل فيكون في الخمس خمسون وهو نصف الدية (و) في قطع الاصابع (مع نصف الساعد نصف الدية وحكومة عدل) وهو رواية عن ابي يوسف وعنه ان مازاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلايزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لاوجه لان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولاتبع للتبع كما في الهداية (وفي) قطع (كف فيها اصبع عشر الدية) وان كان (فيها اصبعان فخمسها ولاشيء في الكف) وهذا عند الامام لان الاصابع اصل حقيقة لان منفعة اليد وهي القبض والبسط والبطش قائمة بها وكذا حكما لانه عليه الصلوة والسلام جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث اوجب في اليد نصف الدية وجعل في كل اصبع عشرا من الابل ومن ضرورته ان يكون كلها بمقابلة الاصابع كل الكف والاصل اولى بالاعتبار وان قل ولايظهر التابع بمقابلة الاصل فلا يعارض حتى يصار الى الترجيح بالكثرة وان تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما اولى

من الترجيح بالكثرة (وعندهما يجب الاكثر من ارش الكف ودية الاصبع والاصبعين ويدخل الاقل فيه) اى فى الاكثر لانه لاوجه للجمع بين الارشين لان الكل شئ واحد ولاالى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة (وان) كان (فيها) اى فى الكف (ثلاث اصابع فدية الاصابع) ولاشئ فى الكف اجماعا لان الاصابع اصول وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة (وهى) اى دية هذه الاصابع الثلاثة (ثلثة اعشار) الدية (اجماعا) يعنى لزوم دية الاصابع متفق عليه كما ان الاول مختلف فيه (وفى الاصبع الزائدة حكومة) اى حكومة عدل تشريفا للادمى لانها جزء للادمى ولكن لامنفعة فيها ولازينة (وكذا) اى يلزم (فى الشارب) حكومة عدل فى الصحيح لانه تابع للحية فصار طرفا من اطراف اللحية (ولحية الكوسج) اى يلزم فيها حكومة عدل قال الزيلعى بخلاف لحية الكوسج حيث لايجب فيها شئ لان اللحية لايبقى فيها اثر الحلق فلا يلحقها الشين بالحلق بل ببقاء الشعرات يلحقه ذلك فيكون نظير من قلم ظفر غيره بغير اذنه (و) يجب (فى ثدى الرجل) حكومة عدل (و) كذا (فى ذكر الخصى والعنين ولسان الاخرس واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسن السوداء) فانه لايجب فى هذه الاشياء الدية لعدم فوات جنس المنفعة وعدم جمال السن السوداء ولكن يجب فيها حكومة العدل تشريفا للادمى لانهما اجزاء منه وقال الشافعى يجب دية كاملة فى ذكر الخصى والعنين لقوله عليه الصلاة والسلام وفى الذكر الدية من غير فصل ولنا ان المنفعة وهى الايلاج والانزال والاحبال هى المعتبرة من هذا العضو فاذا عدمت لايجب فيها الدية كالعين القائمة بلاضوء واليد الشلاء (وكذا) يجب حكومة عدل (فى عين الطفل ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحة ذلك) اى صحة كل منها (بمايدل على ابصاره وتحرك ذكره وكلامه) لان المقصود من هذه الاشياء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لايجب الارش الكامل بالشك والظاهر لايصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لواستهل الصبى لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت وان علمت الصحة فيه بما ذكر فحكمه حكم البالغ فى العمد والخطأ (وان شج) رجل (رجلا) موضحة (فذهب عقله اوشعره رأسه) ولم ينبت (دخل ارش الموضحة فى الدية) لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء اذ لاينتفع بدونه فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر وقد تعلقا جميعا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء فى الكل كمن قطع اصبع رجل فشلت به يده كلها (وان ذهب سمعه او بصره اوكلامه لايدخل) ارش الموضحة فى الدية لان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء كما مر هذا عند الطرفين وعند ابى يوسف ان الشجة تدخل فى دية السمع والنطق ولايدخل فى دية البصر قيل هذا اذا كان خطأ واما اذا شج رجلا موضحة عمدا فذهب من ذلك سمعه وبصره فلا قصاص فى شئ من ذلك عند الامام ولكن يجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر وعندهما يجب القصاص فى الشجة وتجب الدية فى السمع والبصر (وان ذهب بها) اى بالموضحة (عيناه) فلاقصاص (ويجب ارشها) اى ارش الشجة وارش العينين عند الامام (وعندهما) يجب (القصاص فى الموضحة والدية فى العينين) والاصل فى ذلك عنده ان الفعل اذا اوجب مالا فى البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين اوعضوا واحدا وعندهما فى العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لايجب (ولاقصاص فى اصبع قطعت فشلت اخرى جنبها) بل يجب الارش عند الامام لان القصاص غير واجب لعدم المماثلة لان قطع الثانى على وجه لايوجب شل الاخرى غير ممكن (وعندهما) وهو قول زفر والحسن (يقتص فى المقطوعة وتجب الدية فى الاخرى) التى شلت لان القصاص

واجب بالنصوص (ولو قطع مفصلها) اى مفصل الاصبع (الاعلى فشل ما بقى) من المفاصل كما فى الرمز فى شرح الكنز وقول صاحب الهداية وغيره فشلت ما بقى من الاصبع محل تأمل تدبر (فلا قصاص بل الدية فيما قطع وحكومة) اى حكومة عدل (فيما شل) وانما وجبت الدية لانه مقدر شرعا وتلزم الحكومة فيما بقى لانتفاء تقدير الشرع فيه (ولا) قصاص (او كسر نصف سن فاسود باقيها بل) تجب (دية السن) كلها (وكذا لو احمر) باقيها (او اخضر او اصفر) والاصل فى هذا عنده ان الفعل الواحد اذا اوجب مالا فى البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين او عضوا واحدا (ولو اسودت كلها بضربة وهى) اى السن (قائمة فالدية فى الخطأ على العاقلة وفى العمد فى ماله) ولا يجب القصاص لانه لا يمكن للمجنى عليه ان يضرب ضربا يسوده بل يجب الارش فى الخطأ على العاقلة وفى العمد فى ماله (ولو قلعت سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط ارشها) عند الامام لان الجناية قد زالت معنى لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فلم تفت المنفعة به ولا الزينة (خلافا لهما) لان الجناية قد تحققت والحادثة نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو اتلف مال انسان فحصل للمتلف عليه مال آخر (وفى سن الصبى يسقط اجماعا) لان سن الصبى لا تتقرر فى مكانها فوجودها كعدمها فلم يعد قلعها جناية وعن ابى يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل (وان اعاد الرجل سنه المقلوعة الى مكانها) اى السن (فنبت عليها اللحم لا يسقط ارشها اجماعا) وعلى القالع كمال الارش لان هذا لا يعتد به اذ العروق لا تعود وقال شيخ الاسلام هذا اذا لم تعد الى حالها الاولى بعد النبات فى المنفعة والجمال واما اذا عادت فلا شئ عليه (وكذا لو قطع اذنه فالصقها فالتحمت) يعنى يجب على القاطع ارشها لانها لا تعود الى ما كانت عليه (ومن قلعت سنه فاقتص من قالعها ثم نبتت) اى نبت مكانها اخرى (فعليه دية سن المقتص منه) لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية (ويستأنى فى اقتصاص السن و) اقتصاص (الموضحة حولا) الاستيناء الانتظار كما فى المغرب (وكذا لو ضرب سنه فتحركت فلو اجله القاضى بسؤال المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا فى سبب سقوطها فان قبل مضى السنة فالقول للمضروب وان بعد مضيها ف) القول (للضارب) وفى المنح ضرب سن انسان فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول للمضروب ليفيد التأجيل بخلاف ما اذا شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة والتحريك يورث السقوط ولو اختلفا بعد الحول كان القول للضارب لانه منكر وقد مضى الاجل الذى ضرب للسن ولم تسقط فلا شئ على الضارب ولو اسودت بالضرب او احمرت او اخضرت يجب الارش كله لذهاب الجمال ولا يجب القصاص لما قلنا فاوجب فى الاسود ونحوه كمال الارش ولم يفرق بين سن وسن وقالوا ينبغى ان يفصل بين الاضراس وبين العوارض التى ترى فيجب فى الاول حكومة عدل اذا لم يفت به منفعة المضغ وان فات يجب الارش كله كيف ما كان لفوات الجمال وان اصفرت يجب فيها حكومة عدل وقال زفر يجب فيها ارش السن كاملا لان الصفرة تؤثر فى تفويت الجمال كالسواد ولنا ان الصفرة لا توجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة فان الصفرة لون السن فى بعض الناس ولا كذلك السواد والحمرة والخضرة (ولو شج رجلا فالتحمت ونبت الشعر ولم يبق لها اثر يسقط الارش) عند الامام (وعند ابى يوسف يجب ارش الالم وهو حكومة عدل) لان الشين الموجب ان زال فالالم الحاصل لم يزل (وعند محمد) عليه (اجرة الطبيب) لان ذلك لزمه بفعله وكانه اخذ ذلك من ماله واعطاه للطبيب وفسر فى شرح الطحاوى قول ابى يوسف عليه الارش باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا لا خلاف بين ابى يوسف ومحمد

وللامام ان الموجب الاصلي هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال اثره والمنافع لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحتين اوشبه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا تلزمه الغرامة وكذا مجرد الالم لا يوجب شيئا لانه لا قيمة له (وكذا (اوجرحه بضرب فزال اثره) فهو على الاختلاف المذكور من سقوط الارش عند الامام ووجوب الارش عند ابي يوسف ووجوب اجرة الطبيب عند محمد (وان بقي) اثره (فحكومة عدل بالاجماع) وقيد المسئلة بقوله لوجرحه لانه اذا ضربه ولم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق كذا في النهاية ولا يقتص لجرح اوطرف اوموضحة الا بعد البرء) وقال الشافعي يقتص منه في الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس ولنا ماروى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى ان يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه رواه احمد والدار قطني ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال ان تسري الى النفس فيظهر انه قتل فلا يعلم انه جرح الا بالبرء (وكل عمد سقط فيه القود لشبهة كقتل الاب ابنه فالدية فيه في مال القاتل) لماروى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما موقوفا ومرفوعا لا يعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا (وعمد الصبي والمجنون خطاء وديته على عاقلته ولا كفارة فيه ولا حرمان ارث) وذلك عندنا لعدم القصد الصحيح ولما روى ان مجنونا صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى علي رضي الله تعالى عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة وقال عمده وخطأه سواء لان الصبي مظنة المرحمة والقاتل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم كما في الهداية (والمعتوه كالمجنون) في لزوم الدية على عاقلته وعدم لزوم الكفارة وعدم الحرمان عن الارث ۰

﴿فصل﴾

في الجنين (ومن ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا فعلى عاقلته غرة خمسمائة درهم) وانما سميت الغرة غرة لانها اقل المقادير في الديات واقل الشيء اوله في الوجود ولهذا يسمى اول الشهر غرة لانه اول شيء يظهر منه كما في التبيين ووجبت فيه الغرة خمسمائة درهم سواء كان ذكرا اوانثى وهو نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة والقياس ان لا يجب شيء في الجنين لانه لم يتيقن بحياته وانما وجب استحسانا لماروى ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد اوامة قيمته خمسمائة درهم ويروى اوخمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه النبي صلى الله تعالى عليه وسلم دية حيث قال دوه وقالوا اندى من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل مادون خمسمائة درهم ويجب في السنة وقال الشافعي في ثلاث سنين (فان القته) اي الجنين (حيا فمات فديته) اي فعليه الدية الكاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق (وان القت (ميتا) سواء كان الجنين ذكرا اوانثى (فماتت الام فغرة) للجنين (ودية) الام لانه جنى جنايتين فيجب عليه موجبهما فصار كما اذا رمى شخصا ونفذ منه الى آخر فقتله فانه يجب عليه ديتان ان كان خطأ وان كان عمدا يجب القصاص والدية كما في التبيين (وان ماتت الام (فالقته) اي الجنين (حيا فمات) اي الجنين (فديتها) اي تجب دية الام (وديته) اي دية الجنين لانه قاتل شخصين (وان) ماتت الام بالضرب ثم القت الجنين (ميتا فديتها) اي دية الام (فقط) ولا شيء في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا

القته ميتا وهى حية وانما ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك (وما يجب فى الجنين يورث عنه) لانه بدل نفسه (ولا يرث منه الضارب) لكونه قاتلا مباشرا ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة (وفى جنين الامة نصف عشر قيمته) اى الرقيق بالاجماع وهو الغرة (او ذكرا وعشر قيمته لو) كان (اى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولهذا وجب فى جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان فى الاصل ولا معتبر به فى ضمان الجنين فكان بدل نفس الجنين فيقدر بها (وعند ابى يوسف ان نقصت الام ضمن نقصانها والا فلا ضمان) اى قال ابو يوسف يجب ضمان النقصان او انتقصت الام بالقائها الجنين اعتبارا بجنين البهائم لان الضمان فى قتل الرقيق ضمان مال عنده فيجز الاعتبار على اصله (فان ضربت) اى الامة (فحرر سيدها حملها فالقته حيا فمات تجب قيمته) حيا (لا ديته) لان الحكم يترتب على سببه فسبب القتل هنا الضرب السابق فحمل عليه فلزمته قيمته حيا اذ السبب وقع فى حالة الرق وقدمر ان العبرة بحالة الرمى لا الوصول فلا تجب الدية (ولا كفارة فى) اتلاف (الجنين) لان الشرع انما ورد بايجاب الكفارة فى النفوس المطلقة وهو جزء من وجه فلم يكن مورد النص ولا فى معناه من كل وجه ولذا لم تجب فيه دية كاملة وان تبرع بها احتياطا فهو افضل لارتكابه محظورا وقال الشافعي تجب كفارة لانه نفس من وجه فاتلاف النفس يوجب الكفارة لما فيها من معنى العبادة والاستغفار عما صنع (و) الجنين (المستبين بعض خلقه كتام الخلق) اى الجنين الذى استبان بعض خلقه كالجنين التام فى جميع ما ذكر من الاحكام (وان شربت دواء او عالجت فرجها لطرح جنينها) حتى طرحته (فالغرة على عاقلتها ان فعلت بلا اذن ابيه) لانها اتلفته متعدية فيجب عليها ضمانه وتحمل عنها العاقلة (وان) فعلت ذلك (باذنه فلا) تضمن الغرة عاقلتها اذا لم يوجد منها التعدى بسبب استيذانها والله اعلم

﴿باب ما يحدث فى الطريق﴾

لما فرغ من احكام القتل مباشرة عقبه بذكر احكامه تسببا والاول اولى بالتقديم لانه قتل بلا واسطة ولكثرة وقوعه (من احدث فى طريق العامة كنيفا او ميزابا او جرصنا) الجرصن قيل هو البرج وقيل جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبنى عليه وقيل مجرى ماء يركب فى الحائط وهو بضم الجيم وسكون الراء المهملة وضم الصاد المهملة (او دكانا وسعه ذلك ان لم يضر بهم) اى بالعامة لان الطريق معد للتطرق فله الانتفاع ما لم تتضرر العامة به وانما قيد بذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام فتحقق فيه الضرر يأثم باحداثه (ولكل منهم) اى من العامة (نزعه) ومطالبته بالنقض لان كل واحد منهم له حق فيه بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما فى الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا هذا اذا بنى لنفسه واما اذا بنى للمسلمين فلا ينقض كذا روى عن محمد وتفصيل الكلام فى هذا المقام انه هل يحل له احداثه فى الطريق ام لا وهل لاحد الخصومة فى منعه من الاحداث فيه ورفعه بعده وهل يضمن ما تلف بسبب الاحداث اما الاحداث فقال شمس الائمة ان كان الاحداث يضر باهل الطريق فليس له ذلك وان كان لا يضر بالعامة لسعة الطريق جاز له احداثه فيه وعلى هذا القعود فى الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر باحد وان اضر لم يجز واما الخصومة فيه فقال الامام لكل احد مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع اضر او لم يضر ان كان الوضع بغير اذن الامام لان التدبير فى امور العامة مفوض الى رأى الامام وعن ابى يوسف لكل احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع وليس له ان يكلفه الرفع بعد الوضع وعن محمد ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده

اذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه مأذون له فى احداثه شرعا واما الضمان بالاتلاف فسيأتى تفصيله
مشروحا (وفى الطريق الخاص لايسعه بلا اذن الشركاء وان لم يضر) لانه مملوك لهم ولهذا
وجبت الشفعة لهم على كل حال فلايجوز التصرف اضربهم اولم يضر الاباذنهم بخلاف العام
فانه لبس لاحد فيه ملك فيجوز له الانتفاع به مالم يضر باحد (وعلى عاقلته دية من مات
بسقوطه فيهما) كما لوحفر بئرا فى طريق خاص اوعام اووضع حجرا فيه فتلف به انسان
فتجب على العاقلة ديته لانه متسبب لهلاكه متعد فى احداثه (وكذا لو عثر بنقضه انسان) فتجب
الدية على العاقلة لما ذكر من التسبب (وان وقع العاثر على آخر فماتا فالضمان على من احدثه)
يعنى اذا مات العاثر والاخر الذى مات بوقوعه عليهما فضمان ديتهما على المحدث فى الطريق مابه
الاتلاف لانه بمنزلة الدافع فكانه دفعه بيده على غيره ولاضمان على الذى عثر لانه مدفوع فى هذه
الحالة فكان كالالة (وان اصابه طرف الميزاب الذى فى الحائط فلاضمان وان) اصابه (الطرف
الخارج ضمن) يعنى اذا سقط عليه طرف الميزاب فقتله ينظر ان كان ذلك الطرف متمكنا فى الحائط
فلاضمان على صاحب الميزاب لانه غير متعد فيه لما انه وضعه فى ملكه وان كان الذى اصابه هو
الطرف الخارج من الحائط ضمن الذى وضعه لكونه متعديا فيه ولاضرورة لانه يمكن ان يركبه
فى الحائط ولاكفارة عليه ولايحرم من الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا
وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان فانه يضمن النصف اعتبارا
بالاحوال لانه يضمن فى حال ولايضمن فى حال فيتوزع الضمان على الاحوال لان فيه النظر من
الجانبين (كمن حفر بئرا اووضع حجرا فى الطريق فتلف به انسان) قوله فى الطريق متعلق
بحفر ووضع على التنازع وقوله فتلف به انسان اى يضمن الدية عاقلته يعنى كما ان من حفر بئرا
اووضع حجرا فى طريق فتلف به انسان تكون ديته على عاقلة الحافر اوالواضع فكذا تجب
الدية على عاقلة من تسبب لتلف انسان بسقوط ما احدث من الكنيف والميزاب والجرصن
والدكان (وان تلف به بهيمة فضمانها فى ماله) اى اذا تلف بالحفر اوالوضع اوالسقوط
بهيمة فضمان تلك البهيمة فى مال المتسبب بما ذكر اما الضمان فلانه متعد فيه فيضمن واما عدم
تضمين العاقلة فلان العاقلة لاتتحمل ضمان المال وانما تتحمل ضمان النفس (والقاء التراب
واتخاذ الطين) فى الطريق (كوضع الحجر) فى وجوب الضمان لان كل ذلك تسبب بنوع من
التعدى (وهذا) اى وجوب الضمان (اذا فعله) اى جميع ماذكر (بلا اذن الامام) فانه يضمن
وجود التعدى (فان فعل شيئا من ذلك باذنه) اى الامام (فلاضمان) لانه غير متعد حيث فعل
مافعل بامر من له الولاية فى حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف فى حق غيره
اوبالافتيات على رأى الامام كما فى الهداية والافتيات الاستبداد بالرأى كما فى المغرب وكذا لو حفر
فى ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذلك اذا حفر فى فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء
فى تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له اذ كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد (ولو مات الواقع
فى البئر جوعا او غما فلاضمان على حافره وان) وصلية (حفر بلا اذن الامام) لانه مات بفعل نفسه
وهو الجوع والغم والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع (وعند محمد عليه الضمان) فى الوجوه كلها
لان ذلك حصل بسبب الوقوع فى البئر ولولا ذلك لما مات جوعا ولا غما (وكذا عند ابى يوسف)
عليه الضمان (فى الغم لا فى الجوع) لانه لاسبب للغم سوى الوقوع فيه واما الجوع والعطش
فلا يختصان بالبئر (وان وضع حجرا فنحاه آخر فضمان ما تلف به على الثانى) لان فعل الاول قد
انتسخ فكان الضمان على الذى نحاه لفراغ ما شغله وانما اشتغل بفعله الثانى موضع آخر (ولو اشرع)
اى اخرج (جناحا) الى الطريق قال صاحب القاموس الجناح الروشن ثم قال الروشن الكوة وقال

فى المغرب الروشن الممر على العلو وقال صاحب الكفاية الروشن هو الخشبة الموضوعة على جدار السطحين يتمكن من المرور وقال صدر الشريعة اشراع الجناح اخراج الجذوع الى الطريق وهو المناسب ان يراد هنا (فى دار ثم باعها) اى الدار (فضمان ماتلف به) اى بالجناح (عليه) اى على البائع لان فعله وهو الاشراع لم ينفسخ بزوال ملكه عنه (وكذا لو وضع خشبة فى الطريق ثم باعها) اى الخشبة (وبرئ) البائع (الى المشترى) متعلق ببرئ على تضمين معنى الانتهاء كما فى احمد الله اليك (منها) اى من الخشبة (وتركها) اى الخشبة (المشترى فضمان ماتلف بها) اى بالخشبة (على البائع) ايضا لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو اعنى الوضع موجب للضمان (ولو وضع فى الطريق جمرا فاحرق) ذلك الجمر (شيئا ضمنه) اى يضمن الواضع مااحرقه لانه متعد فى ذلك الوضع (ولو احرق بعد ما حركته) اى الجمر (الريح الى موضع) آخر (لايضمن) لنسخ الريح فعله (ان كانت) اى الريح (ساكنة عند وضعه) اى الجمر وفى النهاية او حركت الريح عين الجمر وانما قيد به لان عند بعض اصحابنا ان الريح اذاهبت بشررها فاحترقت شيئا فان الضمان عليه فى ذلك لان الريح اذاهبت بشررها ولم تذهب بعينها فالعين باقية فى مكانها فكانت الجناية باقية فيكون الضمان عليه وقد مر ذلك مفصلا وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه هذا اختيار السرخسى وكان الحلوانى لايقول بالضمان من غير تفصيل (ويضمن من حمل شيئا فى الطريق ماتلف بسقوطه) اى المحمول (منه) اى من الحامل يعنى من حمل شيئا فى الطريق فسقط المحمول على انسان او غيره فتلف ضمن الحامل لان حمل المتاع فى الطريق على رأسه او على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى الى الهدف او الصيد (وكذا) يضمن (من ادخل حصيرا او قنديلا (او حصاة الى مسجد غيره) اى غير حيه (بلا اذن فعطب به احد) هذا عند الامام لان تدبير امور المسجد مسلم الى اهله دون غيره فيكون فعل الغير تعديا او مقيدا بشرط السلامة فقصد القربة والخير لاينافى الغرامة اذا اخطأ الطريق (خلافا لهما) لان عندهما لا يضمن لان القربة لاتتقيد بشرط السلامة (ولو ادخل هذه الاشياء الى مسجد حيه لايضمن اجماعا) لان هذه من القرب وكل واحد مأذون فى اقامة ذلك فلا يتقيد بشرط السلامة فكان فعلهم مباحا مطلقا (وكذا) لايضمن (او تلف شئ بسقوط رداء هو لابسه) اذ اللابس لايقصد حفظ مايلبسه فيقع الحرج بالتقييد بوصف السلامة وعند محمد اذا لبس مالا يلبس عادة كدروع الحرب والجوالق فسقط على انسان فتلف يضمن لان هذا اللبس بمنزلة الحمل وفى الحمل يضمن (ومن جلس فى المسجد غير مصل فعطب به احد ضمنه) عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا لايضمن على كل حال والى هذا اشار بقوله (ولافرق بين جلوسه لاجل الصلاة او للتعليم او لقراءة القرآن اونام فيه فى اثناء الصلاة وبين ان يمر فيه) لحاجة من الحوائج (او يقعد للحديث) وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ما قالاه لان المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولايمكنه اداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلاة فيكون ملحقا بها لان ماثبت ضرورة للشئ يكون حكمه كحكمه وللامام ان المسجد بنى للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلابد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولاغرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمى الى الكافر والى الصيد والمشى فى الطريق والمشى فى المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وذكر شمس الائمة ان الصحيح من مذهب الامام ان الجالس للانتظار لايضمن وانما الخلاف فى عمل لايكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث (ولا) فرق ايضا (بين مسجد حيه وغيره) فى الصحيح (اما المعتكف فقيل على هذا الخلاف وقيل لايضمن بلا خلاف) وذكر الفقيه ابو جعفر سمعت

ابابكر يقول ان جلس لقراءة القرآن اومعتكفا لايضمن بالاجماع كما فى المنح (وفى الجالس مصليا لايضمن اجماعا وان) كان الجالس (من غيراهله) لان المسجد بنى للصلاة فلايكون متعديا بذلك (ولو استأجر رب الدار عملة) جمع عامل (لاخراج الجناح اوالظلة) من الدار (فتلف به) اى بالاخراج شئ (فالضمان عليهم) ان كان التلف (قبل فراغ عملهم) لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل فى عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم (وان) كان التلف (بعده) اى بعد فراغ عمله (فعليه) اى الضمان يكون على المستأجر استحسانا لانه صح الاستيجار حتى لواستحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (ويضمن من صب الماء فى الطريق العام ماعطب به) لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة (وكذا اذا رشه) اى رش الماء (بحيث يزلق فيه) من مشى عليه (اوتوضأ به) اى بالماء فى الطريق (واستوعب) الماء (الطريق فعطب به احد) لماسبق انه متعد فى ذلك الفعل بالحاق الضرر بالمارة (وان فعل شيئا من ذلك) المذكور من الصب والرش والوضوء (فى سكة غيرنافذة وهو) اى الفاعل (من اهلها) اى من اهل تلك السكة (اوقعد فيها) اى فى تلك السكة (اووضع متاعه فيها لايضمن) لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة فانه يجوز لكل واحد من الشركاء ان يفعل فيها ماهو من ضرورة السكنى (وكذا) لايضمن (ان رش مالايزلق به عادة او توضأ به واستوعب الماء (بعض الطريق) لاكله (فتعمد المار المرور عليه) اى على بعض الطريق الذى فيه الماء مع امكان ان لايمر عليه لانه هو الذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب على البئر من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا لم يعلم فوقع من غير علم بان كان المرور ليلا اوكان المار اعمى فانه يضمن (ووضع الخشبة فى الطريق كالرش فى استيعاب الطريق وعدمه) يعنى اذا استوعبت الخشبة الطريق يضمن وان لم يستوعبه لايضمن وفى المنح ولوحفر فى مفازة اونحوها من الطريق فى غير الامصار اوضرب فسطاطا اونصب تنورا اوربط دابة لم يضمن كما فى منية الفقهاء وفيه احتفر بئرا فى طريق مكة اوغيره من الفيافى لم يضمن بخلاف الامصار دون الفيافى والصحارى لانه لايمكن العدول عنه فى الامصار دون الصحارى (وان رش فناء حانوت باذن صاحبه فالضمان على الآمر استحسانا كما لو استأجره) اى الاجير (ليبنى له فى فناء حانوته فتلف به شئ بعد فراغه) فانه يجب الضمان على الآمر دون الاجير (ولوكان امره بالبناء فى وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الامر (ولوكنس الطريق لايضمن ماتلف بموضع كنسه) وفى الكافى وان استأجر اجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يضمن الآمر استحسانا ولو امره بالبناء فى وسط الطريق ضمن الاجير لفساد الامر بخلاف البناء لانه يباح له فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك فى فنائه اذا كان لايتضرر به غيره وقد جرت العادة بذلك فى بلاد المسلمين فاعتبر امره فى ذلك ولكن لماكان البناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة ولوكنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان لم يضمن لانه ما احدث فى الطريق شيئا وانما كنس الطريق لئلا يتضرر به المارة ولايؤذيهم التراب ولايكون هو متعديا فى هذا التسبب (ولوجمع الكناسة فى الطريق ضمن ماتلف بها) اى بالكناسة لتعديه بموضع شغله الطريق (ولاضمان فى ماتلف بشئ فعل فى الملك) لانه مأذون فيه شرعا فلايكون متعديا (اوفى فناء) عطف على ماتلف (له) اى للمالك (فيه) اى ذلك الفناء (حق التصرف بان لم يكن للعامة ولامشتركا لاهل سكة غيرنافذة) لان ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه وفى الهداية اما اذا كان لجماعة المسلمين اومشتركا بان كان فى سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد لفعله فى غير ملكه (وان استأجر من حفر له فى غير فنائه فالضمان على المستأجر)

لا على الاجير (ان لم يعلم الاجير انه غير فنائه) لان الاجير يعمل له ولهذا يستوجب عليه وقد صار مغرورا من جهته حيث لم يعلمه ان ذلك ليس من فنائه وانما حفر اعتمادا على امره فلدفع ضرر الغرور نقل فعله الى الاخر (وان علم) الاجير انه غير فنائه (فعلى الاجير) اى يجب الضمان على الاجير لم يصح امره لانه لا يملك ان يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمه بذلك فبقى مضافا اليه (وان قال) المستأجر (هو فنائى وليس لى فيه حق الحفر فالضمان على الاجير قياسا) لعلمه بفساد الامر فلم يوجد الغرور (وعلى المستأجر استحسانا) لان كونه فناءله بمنزلة كونه مملوكاله لانطلاق يده فى التصرف من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان آمرا بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر الى ماذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال شيخ الاسلام اذا كان الطريق معروفا انه للعامة ضمن سواء قال له انه لى اولم يقل لعلمه بفساد امره (ومن بنى قنطرة) اى على نهر كبير (بغير اذن الامام فتعمد احد المرور عليها) اى على تلك القنطرة (فعطب فلا ضمان على البانى) لانه اذا تعمد المرور وكان بصيرا ويجد موضعا آخر للمرور صار كانه تلف نفسه فنسب التلف اليه دون المسبب فاذا لم يتعمد بان كان اعمى اومر ليلا يضمن اذا وضعه بغير اذن الامام اما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن

﴿ فصل فى الحائط المائل ﴾

لما ذكر احكام مسائل القتل التى تتعلق بالانسان مباشرة وتسبيا شرع فى بيان احكام القتل المتعلقة بالجماد (ان مال حائط الى طريق العامة فطولب ربه) اى رب الحائط (بنقضه من مسلم اوذمى) رجل اوامرأة حر اومكاتب لان الناس فى المرور شركاء من يملك نقضه وهدمه فيصح التقدم من كل واحد منهم (واشهد عليه) بان يقول ان حائطك هذا مخوف اومائل فانقضه حتى لا يسقط اواهدمه فانه مائل والاشهاد بعد الطلب ليس بشرط فيكون ذكر الاشهاد فيما ذكر ليتمكن من اثبات الطلب عند الانكار فيكون من قبيل الاحتياط وهذا لاينفى وجود معنى الاشهاد اذا وقع الطلب عند الشهود بل ينبغى الاشهاد بلفظ اشهدوا وتدل عليه عبارة الاشهاد وفى المنح اوقال اشهدوا انى تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا صح ايضا ولوقال ينبغى لك ان تهدمه فهذا ليس بطلب ولا اشهاد بل هومشورة (فلم ينقضه فى مدة يمكن نقضه فيها فتلف به) اى بانهدامه (نفس اومال ضمن عاقلته) اى عاقلة رب الحائط (النفس و) ضمن (هو) اى رب الحائط (المال) والقياس ان لا يضمن وهوقول الشافعى لانه لم يوجد منه صنع هو متعد فيه لانه بنى الحائط فى ملكه والسقوط والميلان ليس من صنعه فلا يضمن كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان انه اذا مال الى الطريق فقد شغل هواء الطريق بحائطه ووقع فى يده هواء المسلمين ورفعه فى يده فاذا طولب بالنقض وتفريغ الهواء عن هذا الشغل لزمه ذلك فاذا لم يفرغ مع التمكن صار ضامنا كانه شغله ابتداء باختياره (وكذا لوطولب به من يملك نقضه كاب الطفل) الذى وقع فى عامة النسخ بدون الياء فى اب لكن الصحيح ان يرسم بالياء (ووصيه) لقيام الولاية لهما بالنقض فى حقه (والراهن) فيصح التقدم اليه لقدرته على النقض (بفك الرهن) وارجاع المرهون الى يده (والعبد التاجر) ولومديونا لان له ولاية النقض ثم ما تلف بالسقوط ان كان مالا فهو فى رقبته وان كان نفسا فعلى عاقلة المولى لوكان له عاقلة لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى (والمكاتب) لانه مالك يدا فيكون ولاية النقض له وضمان ما تلف نفسا ومالا فيه حكم ضمان ما تلف فى العبد التاجر (ولا يضمن ان باعه) اى الحائط ربه (بعد الاشهاد وسلمه الى المشترى فسقط) لانه خرج عن ملكه بالبيع سواء قبضه المشترى اولا كما فى الدرر وعزاه الى الكافى وليس فى الهداية لفظ اولا وفى الجوهرة شرط ان يكون بعد القبض حيث قال ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشترى برئ من ضمانه وفى المنح فان قلت هل قولهم خرج عن ملكه بيع قيد اولا قلت ليس بقيد بل غير البيع

كذلك كالهبة ونحوها قال فى الحاوى القدسى اذا اشهد على صاحب الحائط المائل بالنقض ثم خرج الحائط عن ملكه ببيع اوغيره بطل الاشهاد والتقدم حتى اذا عاد الى ملكه فسقط بعد ما يمكن النقض اوقبله لايجب عليه الضمان بذلك الاشهاد انتهى (ولا) يضمن (ان طولب به) اى بالنقض (من لايملكه) اى بالنقض (كالمرتهن والمستأجر والمودع) لانه ليس لهم قدرة على التصرف فلايفيد طلب النقض منهم ولهذا لايضمنون بما تلف من سقوطه (وان بناه) اى الحائط صاحبه (مائلا ابتداء يضمن ماتلف بسقوطه وان لم يطالب بنقضه كما فى اشراع الجناح ونحوه) وهو اخراج الجذوع من الجدار الى الطريق والبناء عليه والكنيف لتعديه بالبناء على هذه الكيفية (فان مال) اى الحائط (الى دار رجل فالطلب لربها) اى لرب الدار لان الطلب حق له (اوساكنها) اى ساكن الدار فللسكان ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواها (فيصح تأجيله وابراؤه) اى يصح تأجيل كل من مالك الدار وابراؤه حتى لوسقط بعد مدة الاجل و بعد الابراء وتلف به شئ لايضمن لان الحق له فيصح تأجيله واسقاطه (ولايصح التأجيل فيما مال الى الطريق) لان الحق لجماعة الناس (ولوكان) اى التأجيل (من القاضى اوالمشهد) لانه حق المارة وليس للقاضى ولا للمشهد على صيغة اسم الفاعل ابطال حقهم (ولوكان الحائط بين خمسة فاشهد) على صيغة المفعول (على احدهم) اى احد الخمسة (ضمن خمس ماتلف به) عند الامام ويكون ذلك على عاقلته (وعندهما نصفه) اى نصف ماتلف به لان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر و بنصيب من لم يشهد عليه هدر فانقسما قسمين ولهذا قالا بضمان النصف كما فى عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل حيث يلزم الجارح نصف الدية وللامام ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر لان اصله ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت اوكبرت الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية كما فى الهداية (وان حفر احد ثلاثة فى دار هى لهم بئرا بغير اذن شريكه او بنى حائطا ضمن ثلثى ماتلف به) عند الامام (وعندهما) ضمن (نصفه) اى نصف ماتلف به والدليل من الجانبين هو ماذكر فى مسئلة الشركاء السالفة قبيل هذا

﴿ باب جناية البهيمة والجناية عليها ﴾

يضمن الراكب اى فى طريق العامة وانما قيد به لانه لوكان ملكه لايضمن شيئا لانه غير متعد بخلاف ما اذا كان فى طريق العامة فيضمن للتعدى (ماوطئت دابته اواصابت بيدها اورجلها اورأسها اوكدمت اوخبطت) برجلها او بذنبها (اوصدمت) والاصل فى هذا ان المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشى لان الحق فى الطريق مشترك بين الناس فهو يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه فالجناية مقيدة بشرط السلامة وانما تقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه دون مالايمكن التحرز عنه لانا لوشرطنا عليه السلامة عما لايمكن التحرز عنه يتعذر عليه استيفاء حقه لانه يمتنع عن المشى والسير مخافة ان يبتلى بما لا يمكن ان يتحرز عنه والتحرز عن الوطئ والاصابة باليد اوالرجل اوالكدم وهو العض بمقدم الاسنان اوالخبط وهو الضرب باليد اوالصدم وهو الضرب بنفس الدابة وماشبه ذلك فى وسع الراكب اذا امعن النظر فى ذلك واما مالايمكن التحرز عنه فهو ماذكره بقوله (لاما نفحت برجلها اوذنبها) قال فى المغرب يقال نفحت الدابة بالفاء والحاء المهملة اى ضربت بحد حافرها هذا اذا كانت سائرة (الا اذا اوقفها) اى الراكب الدابة فى الطريق فانه حينئذ يضمن بالنفحة سواء كانت بالرجل او بالذنب لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه التحرز عن النفح فصار متعديا فى الايقاف وشغل الطريق به (ولاما عطب بروثها او بولها سائرة اوواقفة) يعنى اذا بالت اوراثت فى الطريق

وهي تسير فعطب به انسان لاضمان عليه لانه لايمكن التحرز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك فلاضمان لان من الدواب مالا يفعل ذلك حتى يقف فهو ايضا مما لايمكن التحرز عنه فلهذا لايضمن بذلك سواء كانت سائرة او واقفة (لاجله) اى لاجل الروث او البول (فان اوقفها لالاجله) اى لا لاجل الروث او البول (ضمن ماعطب به) اى بالروث او البول لانه يكون متعديا فى الايقاف لانه ليس من ضرورات السير (فان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ) اى كل واحد مما ذكر (عينا) فذهب ضوؤها (او افسد ثوبا لايضمن) لانه لايمكنه التحرز عنه فان سير الدابة لايعرى عنه (وان) كان حجرا (كبيرا ضمن) لانه مما يستطاع الامتناع عنه فسير الدواب ينفك عنه وانما يكون بخرق منه فى السير (ويضمن القائد ما يضمنه الراكب وكذا السائق فى الاصح) لان الدابة فى ايديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا وهو مختار اكثر المشايخ (وقيل) قائله القدورى (يضمن) اى السائق (النفحة ايضا) ولايضمنها الراكب والقائد قال البرجندى وذكر القدورى فى مختصره ان السائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها يعنى النفحة لان السائق يرى النفحة فيمكنه التحرز عنها والقائد لايراها ولايخفى ان هذا الفرق غير مؤثر فى تمكن الاحتراز (ولا كفارة عليهما) اى على السائق والقائد (ولا حرمان ارث او وصية) لانهما يختصان بالمباشرة وليسا من احكام التسبيب ولايخفى انه او اتى بالواو دون او لكان انسب ولعله اتى باو بناء على عدم جواز الوصية للوارث (بخلاف الراكب) فيما اوطأته الدابة بيدها او برجلها فان عليه الكفارة وحرمان الارث والوصية وذلك لتحقق المباشرة منه فان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهى آلة وهما مسببان لانه لايتصل منهما الى المحل شئ (وان اجتمع الراكب والقائد او الراكب والسائق فالضمان عليهما) اى عند البعض لان كل ذلك سبب للضمان (وقيل على الراكب وحده) دون السائق والقائد لان الراكب مباشر فيه كما ذكرنا والسائق متسبب فالاضافة الى المباشر اولى (وان اصطدم فارسان خطاء) اى ضرب احدهما الاخر بنفسه (او) اصطدم (ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل) اى كل واحد (دية الاخر) عندنا لان هلاكه اما مضاف الى فعل نفسه او فعل صاحبه او فعلهما معا لاسبيل الى الاول لان فعله مباح لايصلح فى حق نفسه ان يضاف اليه الهلاك فضلا عن ان يصلح فى حق الضمان ولا الى الثالث لان مايتركب من صالح وغير صالح ليس بصالح فثبت الثانى فانه وان كان فعلا مباحا وهو المشى فى الطريق الا انه فى حق غيره يصلح ان يضاف اليه الهلاك فيصلح ان يضاف فى حق الضمان وعند زفر والشافعى يجب على عاقلة كل منهما نصف دية الاخر لان كل واحد عطب بفعله وفعل صاحبه فكان نصفين احدهما معتبر والاخر هدر وقيل لو كانا عامدين فى الاصطدام يضمن كل واحد نصف الدية للاخر اتفاقا وقيل هذا لو وقع كل واحد منهما على قفاه لتحقق فعل الاصطدام ولو وقع على وجهه فلاشئ على واحد منهما وان وقع احدهما على قفاه والاخر على وجهه فدم الذى وقع على وجهه هدر قيل يجب عند الشافعى نصف الدية سواء وقع على قفاه او ظهره او وجهه (وان تجاذبا حبلا فانقطع الحبل فماتا فان وقعا) اى كل واحد منهما (على ظهرهما فهما هدر) لان كل واحد مات بقوة نفسه (وان) وقعا (على وجههما فعلى عاقلة كل) واحد منهما (دية الاخر) لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه (وان اختلفا) اى وقع احدهما على القفاء والاخر على الوجه (فدية من وقع على وجهه على عاقلة من) وقع (على ظهره) فالذى على القفاء لادية له (وان قطع آخر الحبل) اى ان تجاذبا الحبل فقطعه انسان آخر فوقع كل منهما على القفاء (فماتا فديتهما على عاقلته) اى عاقلة القاطع لانه مضاف الى فعله فكان سببا (وان ساق دابة فوقع سرجها او غيره من ادواتها) كاللجام ونحوه ومايحمل عليها (على انسان فمات ضمن السائق) لانه متعد فى هذا السبب

لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لايشد في العادة ولايقيد بشرط السلامة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس فيقيد بشرط السلامة (وكذا) يضمن (قائد قطار وطئ بعير منه) اى من ذلك القطار (انسانا وضمان النفس على عاقلته و) ضمان (المال في ماله) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير في الحفظ والتسبيب بوصف التعدى سبب الضمان (وان كان مع القائد سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ماعطب بما هو خلفه ويضمنان ماتلف بما بين يديه لان القائد لايقود ماخلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق مايكون قدامه ولو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولايسوق منها شيئا لم يضمن ما اصابت الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لها وكذا مااصابت الابل التي خلفه لانه ليس بقائد لها الا اذا كان اخذ بزمام ماخلفه اما البعير الذى هو راكبه فهو ضامن لما اصابه فيجب عليه وعلى القائد غير مااصابه بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى جرى عليه احكام المباشرين كما في التبيين (فان ربط بعير على قطار بغير علم قائده فعطب به) اى بالبعير المربوط (انسان ضمن عاقلة القائد الدية) لانه قائد للكل فيكون قائدا لذلك والقود سبب قريب لوجوب الضمان فلايسقط الضمان المحقق بجهله (ورجعوا) اى عاقلة القائد (بها) اى بهذه الدية (على عاقلته) اى على عاقلة الرابط قال صدر الشريعة اقول ينبغى ان يكون في مال الرابط لان الرابط اوقعهم في خسران المال وهذا مما لاتحمله العاقلة انتهى ويجاب عنه بان الرابط لما كان متعديا فيما صنع صار في التقدير هو الجانى واذا كان كذلك وجبت الدية على عاقلته فان قيل ان كل واحد منهما مسبب فكان ينبغى ان يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء اجيب بان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع على عاقلته قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط امر بالقود دلالة واذا لم يعلم لايمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لاينفى وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف منه وانما ينفى الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط واما اذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولايرجعون به على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لاصريحا ولادلالة فلايرجع بما لحقه على احد وتمامه في التبيين فليطالع (ومن ارسل بهيمة او كلبا وساقه) بان يمشى خلفه فاصاب احدهما مملوكا (ضمن ما اصاب في فوره) اى في فور الارسال بان لايميل يمنة او يسرة لان فعله ينتقل الى المرسل بسوقه كما يضاف فعل المكره الى المكره فيما يصلح آلة له (وفى الطير لايضمن وان ساقه) والفرق ان بدن البهيمة والكلب يحتمل السوق فاعتبر سوقه وبدن الطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة (وكذا) لا يضمن (في الدابة والكلب اذا لم يسق) لكون كل واحد من الدابة والكلب مستقلا في فعله (او انفلتت) اى الدابة (بنفسها ليلا او نهارا فاصابت مالا او نفسا) لايضمن صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار قال محمد هى المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال وغيره وفى الهداية اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد يعنى يحل صيده لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل وهذه الوقفة من الدابة تنافى مقصود المرسل فتقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد

فاصاب نفسا اومالا فى فوره حيث لايضمن المرسل وفى الارسال فى الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ماتولد منه اما الارسال للاصطياد فباح ولا تسبب الابوصف التعدى ولوارسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وان مالت يمينا وشمالا وله طريق آخر لايضمن وفى الكافى ومن فتح باب قفص وطار الطير او باب الاصطبل فخرجت الدابة وضلت لايضمن الفاتح لانه اعترض على السبب فعل فاعل مختار وقال محمد يضمن لان طير ان الطير هدر شرعا وكذا فعل كل بهيمة فكانه خرج بلا اختيار فيضمن كما اوشق زقا فسال مافيه (ومن ضرب دابة عليها راكب اونخسها) اى الدابة النخس الطعن (فنفحت اوضربت بيدها احدا) مفعول نفحت وضربت على سبيل التنازع (اونفرت) اى الدابة من ضربه اونخسه (فصدمته) اى ضربت بنفسها احدا (فات ضمن هو) اى الضارب الدابة اوالناخس (لاالراكب ان فعل) اى الضارب اوالناخس (ذلك) اى الضرب اوالنخس (حال السير) اى سير الدابة لان الضارب اوالناخس متعد فى تسببه والراكب غير متعد فيرجح جانبه فى التغريم للتعدى (وان اوقفها لا فى ملكه فعليهما) اى ان اوقف الدابة راكبها فى غير ملكه والمسئلة بحالها (فالضمان عليهما نصفين) وانما قيد بقوله لافى ملكه لانه اذا اوقفها فى ملكه لايضمن الراكب ايضا (وان نفحت) الدابة (الناخس فدمه هدر) لانه بمنزلة الجانى على نفسه (وان القت) الدابة (الراكب) فات (فضمانه على الناخس) اى على عاقلته لانه متعد فى تسببه ففيه الدية على العاقلة (وان فعل ذلك) اى الضرب اوالنخس (باذن الراكب فهو كفعل الراكب) ولاضمان عليه فى نفحتها لان الراكب له ولاية نخس الدابة وضربها فاذا امر غيره بما يملك مباشرته جعل فعل المأمور كفعل الآمر (لكن ان وطئت) الدابة (احدا فى فورها) من غير ان تميل يمنة اويسرة (بعد النخس بالاذن فديته عليهما) لانه قد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما اذا كانت فى فورها الذى نخسها لان سيرها فى تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعل السوق ولايتناوله من حيث انه اتلاف فن هذا الوجه يقتصر عليه فالركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط اوعلة للسير والسير علة للوطئ وبهذا لايترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع فى بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما كان الحفر شرط وجود علة اخرى وهو الوقوع دون علة الجرح فكذا هذا (ولايرجع الناخس على الراكب فى الاصح) لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه والتلف انما حصل بالوطئ (كما لو امر صبيا استمسك على دابته بتسييرها فوطئت انسانا فات) ضمن عاقلة الصبى ديته (ولايرجع عاقلة الصبى بما غرموا من الدية على الامر) لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وانما قال فى الاصح احترازا عما قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن فى الايطاء لانه فعله بامره فرجع بما لحقه من العهدة عليه (وكذا اوناول الصبى سلاحا فقتل به احدا) فانه يضمن ولايرجع على المناول (وكذا الحكم فى نخسها ومعها قائد اوسائق) يعنى من قاد دابة اوساقها فنخسها رجل آخر فانفلتت واصابت فى فورها فالضمان على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه كذا فى الهداية (وان نخسها شئ منصوب فى الطريق فالضمان على من نصبه) لان الناصب متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعل نفسه (ولافرق بين كون الناخس صبيا اوبالغا) لان الصبى كالبالغ يؤاخذ بافعاله فيكون الضمان فى ماله وفى الكافى نقلا عن المبسوط ان كان الناخس صبيا فهو كالرجل فى ان ضمان الدية يجب على عاقلته لانه يؤخذ بافعاله ومافى الهداية واذا كان صبيا ففى ماله يحتمل ان يراد به اذا كانت الجناية على المال اوفيما دون ارش الموضحة (وان كان) اى الناخس (عبدا فالضمان فى رقبته) فيدفعه المولى بالضمان

او يفديه (وجميع مسائل هذا الفصل والذى قبله ان كان الهالك آدميا فالدية على العاقلة وان كان) الهالك (غيره) اى غير الادمى (فالضمان فى مال الجانى) لما تقرر ان العواقل لا تتحملون ضمان المالك (ومن فقأ عين شاة قصاب ضمن ما نقصها) من حيث المالية لان المقصود منها اللحم فقط دون العمل فلا يعتبر فيها الا النقصان بلا تقدير وقيد بالعين لان فى العينين صاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة وان شاء امسكها وضمنه النقصان كما فى التبيين (وفى عين الفرس او البغل او الحمار او بعير الجزار او بقرته ربع القيمة) لما روى انه عليه الصلاة والسلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضى الله تعالى عنه ولان اقامة العمل انما يكون باربع اعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كانها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احدهما وقال الشافعى يجب النقصان كما فى الشاة قيل والقصاب ليس بقيد فالحكم فى كل بقرة وبعير ربع القيمة فى العين الواحدة وفى كل شاة النقصان وانما وضع المسئلة فى بقرة الجزار وجزوره لئلا يتوهم انهما معدان للحم فيكون حكمهما حكم الشاة وترك فى الاصلاح اضافة الشاة الى القصاب معللا بقوله لما فيه من مظنة الاختصاص خصوصا عند ملاحظة التعليل وليس بصحيح وجوابه ان وضع المسئلة فى شاة القصاب ايضا لئلا يتوهم انها معدة للحم فلا يعتبر النقصان فى لا يتعلق باللحم بل يوجد نقصان فى ماليتها لكونها فى حكم اللحم باعتبار المال

﴿باب جنايات الرقيق والجناية عليه﴾

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع فى بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كما فى شرح الهداية ولقائل ان يقول انه ما وقع الفراغ من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل بقى منه بيان جناية الحر على العبد وهو انما يتبين فى هذا الباب فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع فى بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب اخره لانحطاط رتبة المملوك من المالك اعلم انهم اختلفوا فى موجب جناية العبد قيل موجبها الارش لان النصوص مطلقة من غير فصل الا ان للمولى ان يتخلص بالدفع تخفيفا عليه وقيل موجبها الدفع وللمولى ان يتخلص بالفداء ولهذا يبرأ المولى بهلاكه ولو كان الموجب الاصلى غيره لما برئ بهلاكه لانه يفوت به الدفع لا الفداء (جنايات المملوك لا توجب الا دفعا واحدا لو كان محلا للدفع) بان كان قنا وهو الذى لم ينعقد له شئ من اسباب الحرية كالتدبير وامومة الولد والكتابة (والا) اى وان لم يكن محلا للدفع بان كان له شئ من اسباب الحرية المذكورة فيما سلف (ف) توجب (قيمة واحدة او) كان (غير محل له) اى للدفع ولا يخفى ان قوله والا يفيد ما صرح به من قوله غير محل له فهو مستدرك بلا فائدة وفرع بقوله (فلو جنى عبد خطأ) هكذا فى الهداية وغيرها والتقييد بالخطأ هنا انما يفيد فى الجناية فى النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال فى الحالين اذ القصاص لا يجرى بين العبد والعبد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس هذا اذا كان العبد كبيرا واما اذا كان صغيرا فعمده كالخطأ (فان شاء مولاه دفعه) اى العبد (بها) اى بالجناية (فيملكه وليها) اى ولى الجناية (وان شاء فداه بارشها) اى الجناية وذلك لان العبد لا مال له ولا عاقلة ولا يمكن اهدار الدم فجعلت رقبته مقام الارش الا انه خير المولى بين الدفع والفداء لئلا يفوت حقه فى العبد بالكلية (حالا) قيد للدفع والفداء جميعا اما الدفع فلانه عين ولا تأجيل فى الاعيان واما الفداء فلانه بدل العين فيكون فى حكمه ثم الاصل عند الامام ان الخطأ هو الارش وعندهما الاصل هو ان يصرف المال الى الجناية كما فى العمد فاذا اختار المولى الفداء وليس عنده ما يؤدى فالعبد عبده عند الامام ويؤدى الارش متى وجد وعندهما ان لم يؤد الدية فى الحال فعليه

الدفع الا ان يرضى الاولياء وفى الاقتصار على دفع العبد ايماء الى انه لوكسب العبد بعد الجناية كسبا واختار المولى دفعه لايدفعه الكسب اتفاقا ولوولدت امة الجناية لايدفع الولد عند صاحب المحيط وذكر شيخ الاسلام انه يدفع الولد كما فى البرجندى (فان مات العبد قبل ان يختار شيئا) من الدفع اوالفداء (بطل حق المجنى عليه) لفوات محل الواجب (وان) مات (بعد مااختاره) المولى (الفداء لايبطل حقه) اى المجنى عليه ولم يبرأ المولى لتحول الحق حينئذ من رقبة العبد الى ذمة المولى وبموت العبد لاتفسد ذمته (فان فداه) المولى (فجنى) اى العبد ثانيا (فالحكم كذلك) لانه قد طهر وخلص عن الجناية الاولى فيجب بالثانية الدفع اوالفداء (وان جنى جنايتين دفعه) اى المولى العبد (بهما) اى بالجنايتين (فيقتسمانه بنسبة حقوقهما) اى العبد المدفوع على قدر حقيهما (اوفداه بارشهما) اى بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لايمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم ارش جنايته وللمولى ان يفتدى من بعضهم ويأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقى الى غيره لاختلاف الحقوق بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله وليان اواولياء حيث لم يكن له ان يفتدى من البعض ويدفع الباقى الى البعض لاتحاد الحق (فان باعه) اى المولى العبد الجانى (اووهبه اواعتقه اودبره اواستولدها) اى الجارية الجانية حال كونه (غير عالم بها) اى بالجناية (ضمن) اى المولى (الاقل من قيمته و) الاقل (من ارشه) لانه فوت حقه بما صنع فيضمنه وحقه فى اقلهما بخلاف الاقرار على رواية الاصل لان المقر له يخاطب بالدفع اوالفداء لانه ليس فيه نقل الملك لاحتمال صدقه والحقه الكرخى بالبيع لزوال ملكه ظاهرا ولو باعه من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق اخذه بغير عوض لكن فى الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى لان فعل المأمور مضاف الى فعل الآمر ولو ضربه بعد العلم فنقصه فهو مختار لانه حبس جزء منه وكذا وطىء البكر دون الثيب الا اذا علقها بخلاف التزويج لانه عيب حكمى وبخلاف الاستخدام لانه يختص بالملك وكذا بالاذن فى التجارة وان ركبه ديون لان الاذن والدين لايمنع الدفع وعند الشافعى فى قول واحمد فى رواية ومالك ضمن الارش فقط (وان عالما بها) اى بالجناية (ضمن الارش) فقط بالاجماع لانه صار مختارا للفداء (كما لو علق) اى المولى (عتقه بقتل زيد اورميه اوشجه) بان قال له ان قتلت فلانا اورميت زيدا اوشججت رأسه فانت حر (ففعل) اى قتل اورمى اوشج كان المولى مختارا للفداء فى جميع ذلك وقال زفر لايصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لاجناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا للفداء وعليه الثلاثة ولنا ان تعليق العتق مع علمه بانه يعتق عند القتل دليل اختياره فلزمه الدية (وان قطع عبد يد حر) حال كونه (عمدا) اى عامدا (فدفع العبد اليه) اى الى الحر الذى قطعت يده (فاعتقه) اى المدفوع اليه (فسرى) اى القطع الى النفس فمات (فالعبد صلح بالجناية) لانه قصد صحة الاعتاق ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لونص عليه ورضى به جاز وكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها (وان لم يكن اعتقه) اى العبد المجنى ومات من السراية (رد) العبد (على سيده فيقتاد اويعفى) لانه ظهر ان الصلح كان باطلا لانه وقع على المال وهو العبد عن دية اليد اذ القصاص لايجرى بين الحر والعبد فى الاطراف وبالسراية ظهر ان دية اليد غير واجبة وان الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لابد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال فلم يوجد فبطل الصلح فوجب القصاص فالاولياء بالخيار ان شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه (وكذا لوكان القاطع حرا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه) اى القاطع العبد (اليه) اى الى المقطوع (فان اعتقه) المقطوع

ثم سرى) اى القطع الى القتل فمات (فهو) اى العبد (صلح بها) اى بالجناية (وان لم يعتقه فسرى رد) العبد الى القاطع (اوقيد) اوعفى والوجه ما بين فاتحد الحكم والعلة وفى الهداية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفى عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لايجب هنالك وهنا قال يجب قيل ماذكر هنا جواب القياس فيكون الوصفان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له فى اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما هنا الصلح لايبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاما اذا لم تبطل الجناية لم يمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ماذكرناه من قبل (وان جنى عبد مأذون مديون جناية خطأ فاعتقه) اى سيده (غيرعالم بها) اى بالجناية (ضمن) اى السيد (لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه و) ضمن (لولى الجناية الاقل من قيمته) اى العبد (ومن ارشها) اى الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة على تقدير كونه مملوكا بان يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما السيد المعتق بالاتلاف وان اعتقه بعد العلم فعليه قيمته لرب الدين وارش الجناية لاولياء المجنى عليه (ولو ولدت مأذونة مديونة يباع الولد (معها) اى مع امه (فى دينها) اى الام المأذونة (ولو جنت فولدت لايدفع) الولد (فى جنايتها) اى الجناية اولى الجناية والفرق ان الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها فيسرى الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع فى ذمة الولى لافى ذمتها فلايسرى الى الولد ثم اعلم ان شرط السراية الى الولد ان تكون الولادة بعد لحوق الدين امااذا ولدت ثم لحقها الدين لايتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكتساب حيث يتعلق الغرماء بها سواء كسبت قبل الدين او بعده (ولو اقر رجل ان زيدا حرر عبده فقتل ذلك العبد) فاعل قتل (ولى المقر خطأ فلاشئ له) اى للمقر يعنى انه اذا كان لرجل عبد زعم رجل آخر ان مولى ذلك العبد اعتقه ثم ان هذا العبد قتل وليا لهذا الزاعم خطأ فلاشئ له لانه متى زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى ديته على عاقلته وابرأ العبد والمولى فلزمه ما اقر به ولم يصدق على العاقلة بلاحجة (وان قال معتق) على صيغة المفعول (قتلت اخا زيد) قتلا (خطأ قبل عتقى وقال زيد بل بعده فالقول للمعتق) لانه منكر للضمان لانه اسنده الى حالة منافية للضمان وهذا لان الوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا اوفداء فلايتصور وجوب الضمان فى قتل الخطأ على العبد فى حال رقه بحال (وان قال المولى لامة اعتقها) اى امة نفسه (قطعت) على صيغة المتكلم (يدك قبل العتق وقالت) الامة لا (بل بعده فالقول لها) اى للامة لانه اقر بسبب الضمان ثم ادعى مايبرؤه وهى تنكر فالقول للمنكر (وكذا) القول (فى كل مانال منها) اى اخذ المولى من الامة (الا الجماع والغلة) بان قال وطئتك وانت امتى وقالت لابل بعد العتق فيكون القول قوله وكذا اذا اخذ من غلتها اى اكتسابها لايجب عليه الضمان وان كانت مديونة وهذا عندهما (وعند محمد لايضمن) المولى (الا شيئا قائما بعينه يؤمر) المولى (برده اليها) اى على الامة لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما فى المسئلة الاولى وكما فى الوطئ والغلة وفى القيام اقر بيدها حيث اعترفت بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهى تنكر فالقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى مايبريه فلايكون القول قوله كما اذا قال لغيره اذهبت عينك اليمنى والعين تلك صحيحة فذهبت وسقط القود وقال المقر له لابل فقأت عينى وعينك ذاهبة ولى عليك الارش فالقول للمفقوء عينه وعلى الفاقئ الارش لان القضاء حصل مضمونا بتصادقهما الا ان الفاقئ

يدعى البراءة وخصمه منكر فكان القول قوله (ولو امر عبد محجور او صبي صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة القاتل) لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه سواء ولا شيء على الآمر سواء كان عبدا محجورا او صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لعدم اعتبارها شرعا (ورجعوا) اى العاقلة (على العبد بعد عتقه) لان عدم اعتبار قول العبد انما هو لحق المولى وقد زال حق المولى بالاعتاق (لا على الصبي الآمر) اى لا ترجع العاقلة على الصبي الآمر لنقصان الاهلية وفى التبيين لا ترجع العاقلة على العبد ايضا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا اوفق للقواعد الا ترى ان العبد اذا اقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شيء لكونه اسنده الى حالة منافية للضمان ولهذا لو حفر العبد بئرا فاعتقه مولاه ثم وقع فيه انسان فهلك لا يجب على العبد شيء وانما تجب على المولى قيمته لان جنايته لا توجب عليه شيئا وانما توجب على المولى فتجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها الف نفس فيقتسمونها بالحصص (ولو كان مأمور العبد مثله) بان امر العبد المحجور عبدا محجورا مثله بقتل رجل (دفع السيد) العبد القاتل (او فداه ان كان) القتل (خطاء او) كان القتل (عمدا و) العبد (المأمور صغيرا) لان عمد الصغير كالخطأ (ولا يرجع) السيد (على الآمر في الحال) لان الامر قول المحجور وقول المحجور غير معتبر فلا يؤاخذ به في الحال بل (يجب ان يرجع) السيد (عليه) اى على العبد (بعد عتقه) لزوال المانع وهو حق المولى (باقل من قيمته ومن الفداء) لان القيمة ان كانت اقل من الفداء فالمولى غير مضطر الى اعطاء الزيادة على القيمة بل يدفع العبد قال صدر الشريعة اقول ينبغي ان لا يرجع بشيء لان الامر لم يصح والامر لم يوقعه في هذه الورطة لكمال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان المأمور صبيا انتهى (وان كان) القتل (عمدا والمأمور عبدا كبيرا اقتص) لانه من اهل العقوبة وفى النهاية هذا الذى ذكر من الحكم لا يقتضي ان يكون الآمر والمأمور محجورا عليهما لا محالة بل يكتفى بان يكون الآمر محجورا عليه لانه اذا امر العبد المحجور عليه العبد المأذون وباقي المسئلة بحالها فالحكم كذلك واما لو كان الآمر عبدا مأذونا والمأمور عبدا محجورا او مأذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع او الفداء على رقبة العبد الامر في الحال بقيمة عبده لان الآمر بامره صار غاصبا للمأمور فصار كاقراره بالغصب والعبد المأذون لو اقر بالغصب يؤاخذ به في حال رقه بخلاف المحجور (وان قتل عبد حرين لكل منهما وليان فعفا احد ولي كل منهما دفع) السيد (نصفه الى الاخيرين) اى نصف العبد (او فدى بدية لهما) يعنى للمولى الخيار ان شاء دفع نصف العبد الى الذين لم يعفوا من ولي القتيلين وان شاء فداه بدية كاملة لانه لما عفا احد ولي كل منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاص وجب ان ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون الفا او يدفع العبد غير ان نصيب العافين سقط مجانا وانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية او دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما (وان قتل) العبد (احدهما) اى احد الحرين (عمدا و) قتل (الآخر خطأ فعفا احد ولي العمد فدى) السيد (بدية) كاملة (لولي الخطأ و) فدى (بنصفها لاحد ولي العمد) الذى لم يعف لان نصف الحق بطل بالعفو فبقي النصف وصار مالا ويكون خمسة آلاف درهم ولم يبطل شيء من حق ولي الخطأ وكان حقهما في كل الدية عشرة آلاف (او دفعه) اى دفع السيد العبد (اليهم) اى الى الاولياء (يقتسمونه اثلاثا) ثلثاه لولي الخطأ وثلثه للذى لم يعف من ولي العمد عولا عند الامام فيضرب ولي الخطأ بالكل وهو عشرة آلاف وغير العافي بالنصف وهو خمسة آلاف لان حقه في النصف وحقهما في الكل فصار كل نصف بينهما فصار حق ولي الخطأ في سهمين وحق غير العافي

فى سهم فيقسم العبد بين ولى الخطاء و بين غير العافى اثلاثا ثلثاه لولى الخطاء وثلثه لغير العافى (وعندهما) دفعه اليهم (ارباعا منازعة) ثلثة ارباعه لولى الخطأ وربعه لولى العمد بطريق المنازعة فيسلم النصف لولى الخطأ بلا منازعة الفريقين فى النصف الاخر فينصف فلهذا يقسم ارباعا (وان قتل عبدلاثنين قريبا لهما فعفا احدهما بطل الكل) يعنى اذا كان عبد بين رجلين فقتل العبد قريبا لهما كاخيهما فعفا احدهما بطل حق الجميع عند الامام فلا يستحق غير العافى شيئا من العبد غير نصيبه الذى كان له من قبل (وقالا يدفع العافى نصف نصيبه الى الاخر) ان شاء (او يفديه بربع الدية وقيل محمد مع الامام) ان شاء لان حق القصاص ثبت لهما فى العبد على الشيوع لان الملك لا ينافى استحقاق القصاص عليه للمولى لانه مبقى على اصل الحرية فى حق الدم واذا وجب القصاص وجب لكل منهما نصف القود شايعا نصفه فى ملكه ونصفه فى ملك صاحبه فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالا غير انه شايع فى كل العبد فما اصاب نصيبه سقط لان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما اصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه او يفديه بربع الدية وللامام ان القصاص وجب حقا لهما من غير تعيين فاحتمل انه وجب لكل منهما فى كل العبد او فى النصف مترددا بين نصفه او نصف صاحبه او فيهما شايعا وكل ذلك لا يمنع وجوب القود لان اجزاء العبد فى القود ليس بعضها باولى من بعض فاذا زال حقه الى المال احتمل وجوب الكل على احتمال تعلقه بنصيب صاحبه و بطلان الكل على احتمال التعلق بنصيبه ووجوب النصف بان يتعلق بهما شايعا والمال لا يجب بالشك

﴿ فصل ﴾

شرع فى بيان الجناية على العبد بعد ما فرغ من بيان احكام جناية العبد على غيره (دية العبد قيمته) لان العبد انقص حالا من الاحرار (فان كانت) قيمة العبد (قدر دية الحر او اكثر نقصت القيمة (عن دية الحر عشرة دراهم وكذا لو كانت قيمة الامة كدية الحرة او اكثر) يعنى ان من قتل عبدا خطأ تجب عليه قيمته ولا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر يقضى لوليه بعشرة آلاف درهم الا عشرة دراهم وفى الامة اذا زادت قيمتها على الدية يقضى بخمسة آلاف الا عشرة فى اظهر الروايتين وفى رواية الا خمسة هذا عند الطرفين وقال ابو يوسف والشافعى تجب قيمة العبد او الامة بالغة ما بلغت لما روى عن عمر وعلى وابن عمر رضى الله تعالى عنهم انهم اوجبوا فى قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت وبه قالت الائمة الثلاثة ولهما قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله فانه اوجبها مطلقا من غير فصل بين ان يكون حرا او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمى فيدخل فى النص (وفى الغصب تجب القيمة بالغة ما بلغت) يعنى اذا هلك العبد فى يد الغاصب فتجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لان ضمان الغصب يكون باعتبار المالية لا باعتبار الادمية (وكل ما قدر من دية الحر قدر من قيمة الرقيق) لان القيمة فى الرقيق كالدية فى الحر لانها بدل الدم (ففى يده) اى يد الرقيق (نصف قيمته) كما ان فى يد الحر نصف ديته (ولا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة) لان اليد من الادمى نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لدنو مرتبته عن مرتبة الحر وقيل يضمن فى الاطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وهو الصحيح كما فى الدرر وفى العناية وقوله لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة اى لا يزاد على هذا المقدار قال فى النهاية هذا الذى ذكره خلاف ظاهر الرواية فانه ذكر فى المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا رحمه الله تعالى قال فى بعض الروايات ان الاخذ بهذا القول يؤدى الى انه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى ان قال فلهذا لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة

انتهى وفى التنوير ونجب حكومة عدل فى لحيته قال فى شرحه وهو رواية الاصل لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن الامام انه يجب كمال القيمة لان الجمال فى حقه مقصود ايضا وفى المجتبى حلق رأس عبد فلم ينبت قال الامام ان شاء المولى دفعه اليه واخذ قيمته وان شاء تركه (ومن قطع يد عبد عمدا فاعتق فسرى) الى القتل (اقتص منه ان كان وارثه سيده فقط والا) اى بان كان له وارث غير سيده (فلا) يقتص هذا عند الشيخين (وعند محمد لا قصاص اصلا) اى سواء كان وارثه سيده فقط اولم يكن بل كان له ورثة غيره (وعليه) اى على القاطع (ارش اليد ومانقص الى حين العتق) اى ما نقصه القطع الى ان اعتقه وانما لم يجب القصاص فيما اذا كان له ورثة سواه لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون الحق للورثة فيتحقق الاشتباه ويتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى اذ الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة اخرى سوى المولى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما فى احدى الحالتين ولا يثبت على الدوام فيهما فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا ينفرد باذن كل واحد منهما اصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان الاذن يملك ذلك بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان مالكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه (ومن قال لعبديه احدكما حر فشجا) اى العبدان بان شجهما آخر فبين المولى العتق احدهما بعد الشج (فارشهما) اى ارش شجة ذينك العبدين (له) اى للمولى لان العتق لم يكن نازلا فى المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة (وان قتلا) على صيغة المجهول قبل التعيين ثم بين المولى العتق فى احدهما (فله) اى للمولى (دية حر وقيمة عبد ان) كان (القاتل واحدا) لا قيمة عبدين ولا دية حرين والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف فى اصول الفقه فاعتبر انشاء فى حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فيكون احدهما حرا بيقين حين الموت فيكون لكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلفت قيمتهما يجب على القاتل نصف قيمة كل واحد منهما هذا اذا قتلا معا او قتلهما واحد على التعاقب يجب عليه قيمة الاول للسيد ودية الآخر لوارثه اذ بقتل احدهما تعين العتق بالضرورة لمن آخر (وان قتل كلا) اى كل واحد منهما (واحد فقيمة العبدين) اى اذا قتل اثنان كلا من العبدين واحد اولهما او قتلا معا تجب على كل قاتل قيمة عبد قتله لان العتق المبهم لا يتعين الا بالبيان وهو لا يتصور بعد الموت فلا يحكم بعتق واحد منهما (ومن فقأ عيني عبد فان شاء .. دفعه) اى العبد (اليه) اى الى الفاقئ (واخذ قيمته او) ان شاء (امسكه) اى العبد (ولا شئ له) اى للمولى هذا عند الامام (وعندهما) ان شاء دفع العبد واخذ قيمته (وان شاء امسكه) اى العبد لكن (ان امسكه فله) اى للمولى (ان يضمنه) اى الفاقئ (نقصانه) اى نقصان قيمة العبد لهما انه فى الجناية بمنزلة المال فاوجب ذلك تخيير المولى على الوجه المذكور كما فى سائر الاموال وله ان المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه ولا فى الاطراف ومن احكام الآدمية ان لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بازاء الفائت لا غير ولا يتملك الجثة ومن احكام المالية ان ينقسم على الجزء الفائت والقائم فقلنا بانه لا ينقسم اعتبار اللآدمية وبتملك الجثة اعتبارا للآدمية وهذا اولى مما قالاه لان فيما قالا اعتبار جانب المالية فقط

﴿فصل﴾

(وان جنى مدبر اوام ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش) اذ لا حق لولى الجناية فيما اكثر من الارش ولا منع من المولى فى اكثر من القيمة ولا يثبت الخيار بين الكثير والقليل فى متحد الجنس لاختياره الاقل لا شبهة (فان جنى) اى كل واحد من المذكورين جناية (اخرى) فعند الامام (شارك) ولى

الجناية (الثانية) ولى الجناية (الاولى فى القيمة ان دفعت) اى القيمة (اليه) اى الى ولى الاولى (بقضاء) ولايطلب ولى الثانية من المولى شيئا لانه لاتعدى من المولى بدفعها الى ولى الجناية الاولى لانه مجبور على الدفع بالقضاء فيتبع ولى الجناية الثانية ولى الجناية الاولى فيشاركه فيها و يقتسمانه على قدر حقهما (والا) اى وان لم يدفع المولى القيمة الى ولى الجناية الاولى بقضاء بل برضاه (فان شاء اتبع) ولى الثانية (ولى) الجناية (الاولى) وان شاء اتبع المولى لان جناية المدبر وام الولد انما توجب قيمة واحدة فاذا دفعها الى الاول باختياره صار متعديا فى حق الثانى لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع فى حقه واذا لم ينفذ دفع المولى فى حق الثانى فالثانى بالخيار ان شاء اتبع ولى الاولى لانه تبين انه قبض حقه ظلما فصار به ضامنا فيأخذ حقه منه وان شاء اتبع المولى لانه تعدى بدفع حقه اختيارا منه لاجبرا بخلاف مالو كان بقضاء القاضى على مابين آنفا هذا عند الامام (وعندهما يتبع) ولى الجناية الثانية (ولى الاولى بكل حال) اى سواء كان دفع المولى بقضاء القاضى او برضاه ولاشئ على المولى لان فعله باختياره بمنزلة مافعله بالقضاء لانه ايصال حق الى مستحقه ولم تكن الجناية الثانية موجودة حينئذ حتى يجعل متعديا بالدفع (وان اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لايلزمه الا قيمة واحدة) لان دفع القيمة فيه كدفع العين ودفع العين لايتكرر فكذا ماقام مقامه وام الولد كالمدبر فى جميع ماذكر من الاحكام (وان اقر المدبر بجناية خطأ لايلزمه شئ فى الحال ولا بعد عتقه) لان موجب جناياته على المولى لاعلى نفسه واقراره على المولى غير نافذ

﴿باب غصب العبد والصبى والمدبر والجناية فى ذلك﴾

لما ذكر حكم المدبر فى الجناية ذكر فى هذا الباب مايرد عليه ومايرد منه وذكر حكم من يلحق به (ولو قطع سيد يد عبده فغصب) اى العبد بان غصبه آخر (فمات من القطع فى يد الغاصب ضمن) الغاصب (قيمته) اى العبد (مقطوعا) لان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع (وان قطع سيده) اى العبد يده (عند الغاصب فمات) من القطع (برئ الغاصب) من الضمان لان السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لايكون كذلك وقد استولى عليه بحيث قطع يده وهو استرداد فبرئ الغاصب من الضمان (ولو غصب) عبد محجور (عبدا محجورا مثله فمات) المغصوب (فى يده) اى الغاصب (ضمن) لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله وهذا منها فيضمن حتى لو ثبت الغصب بالبينة يباع فيه بالحال بخلاف اقواله حتى لو اقر بالغصب لايباع بل يؤاخذ به بعد العتق (ولو غصب) على صيغة المفعول (مدبر فجنى) ذلك المدبر عند غاصبه (ثم رده) الى مولاه (فجنى عند سيده او بالعكس) بان جنى عند سيده جناية ثم جنى عند غاصبه جناية اخرى (ضمن سيده قيمته لهما) اى لولى الجنايتين فيكون بينهما نصفين لان جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب (ورجع) السيد (بنصفها) اى بنصف القيمة التى ضمنها (على الغاصب) لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب ونصفها بسبب آخر وجد عنده فيرجع على الغاصب بالسبب الذى لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف العبد (ودفعه الى رب) الجناية (الاولى فى الصور الاولى) وهى ما اذا جنى المدبر عند غاصبه ثم عند مولاه (ثم رجع به ثانيا عليه) اى على الغاصب لان حق الاولى فى جميع القيمة لانه حين جنى فى حقه لايزاحمه احد وانما انتقض باعتبار مزاحمة الثانى فاذا وجد الاول شيئا من بدل العبد فى يد المولى فارغا يأخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى ثانيا بما اخذه منه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان عند الغاصب وهذا عند الشيخين (وعند محمد لايدفعه) اى نصف القيمة الذى رجع به على الغاصب لولى الجناية الاولى بل هو مسلم للمولى اذ هو عوض ما اخذه ولى الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل منه

في ملك شخص واحد (ولايرجع ثانيا) لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولى الجناية الاولى فلايرجع كيلا يتكرر الاستحقاق (وفي الصورة الثانية) وهي ما اذاجنى المدبر عند مولاه جناية ثم عند غاصبه اخرى (يدفعه) اي يدفع المولى مايرجع به على الغاصب الى ولى الجناية الاولى (ولايرجع) المولى على الغاصب (ثانيا) بما دفعه الى ولى الجناية الاولى (بالاجماع) لان الجناية الاولى صدرت من المدبر وهو في يد المولى (والقن في الفصلين) اي فيما اذا جنى عند غاصبه ثم عند مولاه (كالمدبر الا) ان الفرق بينهما (انه) اي المولى (يدفعه) اي القن نفسه (وفي المدبر يدفع القيمة) اي قيمة المدبر (وحكم تكرار الرجوع والدفع كما في المدبر اختلافا واتفاقا) فانه اذادفع القن اليهما رجع بنصف قيمته على الغاصب وسلم للمالك عند محمد وعندهما لايسلم له بل يدفعه الى الاول واذادفعه اليه يرجع في الفصل الاول على الغاصب ثانيا وفي الفصل الثاني لايرجع (ولو) غصب (رجلا مدبرا مرتين فجنى) المدبر (عنده) اي الغاصب (في كل منهما) اي في كل من المرتين (غرم سيده قيمته لهما) اي لولي الجنايتين (ورجع بها على الغاصب ودفع نصفها) اي القيمة (الى ولى) الجناية (الاولى ورجع به) اي بالنصف (عليه) اي على الغاصب (ثانيا اتفاقا) وصورة المسئلة انه غصب رجل مدبرا فجنى عنده خطأ ثم رده على المولى فغصبه ثانيا ثم جنى ذلك المدبر عنده مرة اخرى يضمن المولى قيمة المدبر لولي الجنايتين بان يجعل القيمة نصفين لمنعه رقبته بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة بدل الرقبة ثم يرجع بتلك القيمة على الغاصب لحصول كل من الجنايتين عنده ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف السابق كالمسئلة الاولى وقيل على الاتفاق والى القول بالاختلاف اشار بقوله (وقيل فيه خلاف محمد) والفرق لمحمد ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ماذكر (ومن غصب صبيا حرا) اي ذهب به بغير اذن وليه وذكره بلفظ الغصب مشاكلة اذ الغصب لايتحقق الا في الاموال والحرليس كذلك (فمات) اي الصبي (في يده) اي في يد الذاهب به (فجأة او بحمى فلاشئ عليه وان) مات (بصاعقة او نهش حية فعلى عاقلته) اي الذاهب (ديته) اي دية الصبي استحسانا والقياس ان لايضمن وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لايتحقق ووجه الاستحسان ان ضمانه ليس لكونه غاصبا بل لتسببه لاتلافه بنقله الى مكان فيه الصواعق والحيات بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لايختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان تغلب فيه الحمى والامراض كالطاعون وغيره فانه يضمن وتجب الدية على العاقلة لقتله بالنقل تسببا قال في العناية فان قيل فما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شئ من ذلك اجيب حكمه ان ينظر ان كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه عما فعل به فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لايضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع تمكنه من الحفظ كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد حيث لايمكنه حفظ نفسه انتهى (ولو قتل صبي عبدا مودعا عنده ضمن عاقلته) يعني لو اودع مولى العبد عبده عند صبي فقتله ذلك الصبي ضمن عاقلة الصبي قيمة العبد (وان اكل) الصبي (طعاما او اتلف مالا اودع عنده فلا ضمان) عند الطرفين (خلافا لابي يوسف والشافعي) لانه اتلف مالا معصوما متقوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه ولهما ان المال غير العبد ليس بمعصوم لنفسه بل معصوم لحق المالك وقد فوت العصمة على نفسه حيث وضع ماله في يد الصبي بخلاف العبد فان عصمته لحق نفسه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم فلهذا قلنا بضمان العاقلة قيمة العبد (وان اودع) على صيغة المجهول (عند عبد محجور مال فاستهلكه) اي المال (ضمن)

العبد (بعد العتق لا فى الحال) عند الطرفين (خلافا له) اى لابى يوسف فانه يؤاخذ به فى الحال عنده (والاقراض والاعارة كالايداع فيهما) اى فى العبد والصبى والدليل من الجانبين مامر آنفا (والمراد بالصبى العاقل) كما شرطه محمد فى الجامع الصغير وفى الجامع الكبير وضع المسئلة فى صبى عمره اثنى عشر سنة وذلك دليل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر ولهذا قال (وفى غير العاقل يضمن المال ايضا بالاتفاق كما يضمن العاقل ايضا ما لا اتلفه بلا ايداع ونحوه) بالاتفاق لما بينا ان التسليط فيه غير معتبر لعدم عقله وفعله معتبر فلهذا قلنا بالضمان

﴿باب القسامة﴾

لما كان امر القتيل فى بعض الاحوال يؤل الى القسامة فى آخر الديات فى باب على حدة وهى فى اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفى الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به جراحة او اثر ضرب او خنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من اهل المحلة يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل كما ذكرنا وركنها اجراء اليمين على لسان كل واحد من الخمسين بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا كما سيجئ وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته وان يكون الميت الموجود على الكيفية المذكورة وتكميل اليمين خمسين فان لم يبلغ المقسمون هذا العدد يكرر عليهم اليمين حتى يبلغ الخمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف والحبس الى الحلف ان ابوا اذا ادعى الولى العمد والحكم بالدية عند النكول ان ادعى الولى القتل خطأ ومن محاسنها خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص من يتهم بالقتل عن القصاص وتعيين الخمسين ثبت بالاحاديث المشهورة الواردة فى باب القسامة (اذا وجد ميت فى محلة به) اى بالميت (اثر القتل من جرح او خروج دم من اذنه او عينه) لانه لا يخرج الدم منهما عادة الا من شدة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا فيجرى عليه احكامه (او اثر خنق او) اثر (ضرب ولم يدر قاتله) اذ لو علم قاتله سقطت القسامة عن اهلها (وادعى وليه قتله) اى الميت (على اهلها) اى على اهل المحلة كلهم (او بعضهم) عمدا او خطأ (ولا بينة له) اى للولى (حلف) على صيغة المفعول جواب اذا (خمسون رجلا منهم) اى من اهل المحلة (يختارهم الولى) صفة خمسون وانما كان الاختيار للولى لان اليمين حقه سواء اختار من يتهمه بالقتل كالفسقة او الشبان او صالحى اهل المحلة لتحرزهم عن اليمين الكاذبة اكثر مما يحرزه الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا ولو اختار فى القسامة اعمى او محدود فى قذف جاز لان هذه يمين وليست بشهادة فيعتبر اهلية اليمين بخلاف اللعان لانه شهادة وهما ليسا باهل للشهادة (بالله ما قتلناه ولا نعلم له قاتلا) فقوله بالله متعلق بحلف وقوله ما قتلناه وارد على سبيل الحكاية عن الجمع والا فعند الحلف يحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا ولا يجمع معه غيره فى اسناد نفى القتل لانه يجوز ان يكون قاتلا وحده وينوى بلفظ الجمع ان يكون قاتلا مع الجماعة وكذا العلم فانه يجوز ان يكون عالما بالقتل وحده وينفى ان يكون غيره عالما به فان قيل اى فائدة فى قوله ما علمت له قاتلا مع ان شهادة اهل المحلة غير مقبولة قلنا فائدته تعيين محل الخصومة فان الولى قد يعجز عن تعيينه وقد يظن غير القاتل قاتلا (ثم قضى) على صيغة المجهول (على اهلها) اى المحلة (بالدية) لوجود القتيل بينهم والاصل فى ذلك ما روى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذى يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت فى بنى اسرائيل فانزل الله على موسى امرا فان كنت نبيا فاسئل الله مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى ارانى ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اى بالوحى (وما تم خلقه كالكبير) اى اذا وجد سقط او جنين تام الخلق به اثر من الآثار المذكورة فهو كالكبير فى الاحكام

المذكورة لان تام الخلق ينفصل حيا ظاهرا وان كان ناقص الخلق فلاشئ عليهم لانه انفصل ميتا ظاهرا (ولايحلف الولى وان كان لوث) اى عداوة خلافا للشافعى فانه قال اذا كان هنالك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا فان حلفوا يقضى بالدية على المدعى عليه عمدا كانت دعوى القتل اوخطاء فى قول وفى قول يقضى بالقود اذا كانت الدعوى فى العمد وهو قول مالك وان نكل المدعى عن اليمين حلف المدعى عليهم فان حلفوا برؤا ولاشئ عليهم وان نكلوا فعليهم القصاص فى قول والدية فى قول واللوث عندهما قرينة حال توقع فى القلب صدق المدعى بان يكون هنالك علامة القتل على واحد بعينه كالدم اوظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة اوشهادة عدل اوجماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له حلف اهل المحلة على ماقلنا والاختلاف فى موضعين فى تحليف المدعى اولا وفى براءة اهل المحلة باليمين (فان نقص اهلها) اى اهل المحلة (عن الخمسين كررت اليمين عليهم الى ان يتم) خمسون لان اليمين واجب بالنص فيجب اتمامها ماامكن ولايشترط معرفة الحكمة فى هذا العدد الثابت بالنص وقدروى عن عمر رضى الله تعالى عنه انه قضى بالقسامة وعنده تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم ليتم به خمسون ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعى مثله (ومن نكل) منهم عن اليمين (حبس حتى يحلف) لان اليمين واجبة فيه تعظيما لامر الدم ولهذا لايجمع فيه بين اليمين والدية بخلاف النكول فى الاموال هذا اذا ادعى الولى القتل على جميع اهل المحلة اوعلى بعض منهم غير معين والدعوى فى العمد والخطاء سواء واوادعى على واحد منهم بعينه انه قتل عمدا اوخطاء فكذلك الحكم على ماذكر فى المبسوط وعن ابى يوسف فى غير رواية الاصول انه تسقط القسامة والدية عن الباقين فى القياس كالوادعى على واحد من غيرهم وفى الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لاطلاق النصوص (ومن قال منهم) اى من المستحلفين (قتله فلان استثناه) ضمير الفاعل عائد الى من وضمير المفعول الى فلان (فى يمينه) بان يقول بالله ماقتلته ولاعلمت له قاتلا الافلانا لانه قد يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله قتله فلان فلايقبل قوله فيحلف كماذكرنا (وان ادعى الولى القتل على غيرهم) اى على رجل من غير اهل المحلة (سقطت) اى القسامة (عنهم) اى عن اهل المحلة واما اذا ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه لاتبطل القسامة والدية عن اهلها وعن الامام فى رواية يكون ذلك ابراء منه لاهل المحلة كما فى الخانية (ولاتقبل شهادتهم) اى اهل المحلة (به) اى بالقتل (على غيرهم) اى على غير اهل المحلة الذى ادعى الولى القتل عليه هذا عند الامام (خلافا لهما) لبراءتهم من التهمة بادعاء الولى القاتل على غيرهم كالوصى اذا خرج عن الوصاية بعد ماقبلها ثم شهد لاتقبل شهادته واصله ان من صار خصما فى حادثة لاتقبل شهادته فيها ومن كان بعرضة ان يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما عند الكل غير انهما يجعلان اهل المحلة ممن له عرضة ان يصير خصما وهو يجعله ممن انتصب خصما وعلى هذين الاصلين يخرج كثير من المسائل فمن ذلك الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لاتقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها لاتقبل شهادته بالبيع اما اذا لم يخاصم الوكيل ولم يطلب الشفعة الشفيع فتقبل شهادتهما لكونهما فى عرضة الخصومة وفى الذخيرة اذا وجد القتيل فى محلة وادعى اهل المحلة ان فلانا قتله دونهم واقاموا على ذلك بينة من غير محلتهم جازت الشهادة وثبت لهم البراءة عن القسامة والدية ادعى ولى القتيل ذلك اولم يدع بخلاف ما اذا عينوا رجلا من اهل المحلة فان الدية والقسامة على اهل المحلة فى الشرع على حالها ولم يتضمن ذلك براءتهم وروى عن الطرفين ان القسامة تسقط وفى التبيين ودعوى الولى على واحد من غير اهل المحلة تسقط القسامة عنهم

وعلى معين منهم لا هذا ان ادعى الولى اما اذا ادعى المجروح فقال قتلنى فلان ثم مات واقام وارثه بينة على رجل آخر انه قتله لاتقبل بينته (ولاتقبل) شهادة اهل المحلة به وعلى غيرهم خلافا لهما (ولا على بعضهم ان ادعاه) اى الولى (اجماعا) لان الخصومة قائمة مع الكل لما انهم كانوا خصماء فى هذه الحادثة وبالشهادة تقطع الخصومة عن نفسه فكان متهما فى هذه الشهادة فلا تقبل شهادته وفى رواية عن ابى يوسف انها تقبل فكان الاولى ترك قوله اجماعا (ووجود اكثر البدن او نصفه مع الرأس) فى المحلة (كوجود كله) لان هذا قتيل وجد فى محلة فللاكثر حكم الكل (ولا قسامة على صبى و) لا على (مجنون) لان اليمين يجرى على قول صحيح ولا يجرى منهما قول صحيح على قاتل (ولا على (امرأة و) لا على (عبد) حيث لم يكونا من اهل النصرة واليمين على اهلها الا اذا جعل كل منهما قاتلا (ولا قسامة ولا دية فى ميت لا اثر به) من الضرب (او يخرج الدم من فمه او انفه او دبره او ذكره) لان الدم يسيل فى هذه المواضع بعلة فلا يكون قتيلا لان القتيل عرفا هو فائت الحيوة بسبب مباشرة الحى عادة والقسامة شرعت فى المقتول وهو انما بان الميت حتف انفه بالاثر فى لا اثر له فهو ميت فلا حاجة بنا الى صيانة دمه عن الهدر ومن به اثر فهو مقتول وبنا حاجة الى صيانة دمه عن الهدر وذا بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا خرج الدم من عينه او اذنه لان الدم لا يخرج منهما عادة الا بجرح فى الباطن (او وجد) فى محلة (اقل من نصفه ولو) كان الاقل (مع الرأس او) وجد (نصفه مشقوقا بالطول) او وجد يده او رجله او رأسه فلا شئ عليهم فيه لان الموجود ليس بقتيل اذ الاقل ليس كالكل ولان هذا يؤدى الى تكرار القسامة والدية فى قتيل واحد فانا لو اوجبنا بوجود النصف فى هذه المحلة القسامة والدية على اهلها لم تجديدا من ان توجب اذا وجد النصف الآخر فى محلة اخرى القسامة والدية على اهلها وتكرار القسامة والدية فى قتيل واحد غير مشروع والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقى تجرى فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقى لا تجرى فيه القسامة تجب والمعنى ما بينا (وان وجد) القتيل (على دابة يسوقها) اى الدابة (رجل فالدية على عاقلته) اى عاقلة السائق سواء كان السائق مالكا للدابة او غير مالك لا اهل المحلة لانه فى يده لا فى ايديهم (وكذا) اى يضمن عاقلة القائد او عاقلة الراكب (او كان يقودها او راكبها) لانه فى يده فصار كما اذا كان فى داره (وان اجتمعوا) اى السائق والقائد والراكب (فعليهم) اى تجب الدية عليهم لانه فى ايديهم فصار كما اذا وجد فى دارهم ولا يشترط ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق ان تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا لا فرق بينها وبين الدار (وان وجد) قتيل (على دابة بين قريتين فعلى اقربهما) اى اقرب القريتين الى القتيل الذى وجد على ظهر الدابة التى مرت بين القريتين لما روى انه عليه الصلاة والسلام امر فى قتيل وجد بين قريتين بان يذرع فوجد اقرب الى احديهما بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية واشترط سماع الصوت من القريتين ولم يقيده المصنف هنا بهذا القيد تبعا للكنز قال شارحه الزيلعى هذا محمول على ما اذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت واما اذا كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت فلا شئ عليهم لانه اذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير فى النصرة وان كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت فلا ينسبون الى التقصير فى النصرة انتهى وقد صرح بهذا القيد فى الولوالجية حيث قال ولو وجد القتيل بين القريتين ينظر الى ايهما اقرب وانما تجب القسامة والدية على اقرب القريتين اذا كان بحال يسمع منه الصوت اما اذا كان بحال لا يسمع منه الصوت لا تجب على واحدة من القريتين ويراعى حال المكان الذى وجد فيه القتيل ان كان مملوكا تجب القسامة على الملاك والدية على عاقلتهم وان كان

مباحا لكنه فى ايدى المسلمين تجب الدية فى بيت المال وفيها ايضا ولووجد قتيل فى ارض رجل الى جنب قرية ليس صاحب الارض من اهل القرية فهو على صاحب الارض لان العبرة للملك والولاية (وان وجد) قتيل (فى دار نفسه فعلى عاقلته) اى تجب الدية على عاقلة القتيل لورثته عند الامام (وعندهما لاشئ فيه) لانه لما وجد قتيلا فى دار نفسه جعل كانه قتل نفسه ومن قتل نفسه يهدر دمه وقال الامام انما وجبت الدية على عاقلته لانه لو وجد غيره قتيلا فى ذلك الموضع كانت الدية على عاقلته لان السبب وجود القتيل فى ذلك المكان كما نص عليه عمر رضى الله تعالى عنه وحين وجد قتيلا كانت الدار مملوكة لورثته لاله لانه ميت ليس من اهل الملك فلذا كانت الدية على عاقلته (وان وجد) اى القتيل (فى دار انسان فعليه) اى على ذلك الانسان (القسامة) لان التدبير فى حفظ الملك الخاص الى المالك (وعلى عاقلته الدية) لان نصرته وقوته بهم (وان كانت العاقلة حضورا يدخلون فى القسامة ايضا) اى كصاحب الدار عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه قال لاقسامة على العاقلة لان رب الدار اخص بها من غيره فلايشاركه غيره فى القسامة كاهل المحلة فانه لايشاركهم عاقلتهم فيها ولهما ان الحضور لزمهم نصرة الموضع كما يلزم رب الدار فيشاركونه فى القسامة (والا) اى وان لم تكن العاقلة حضورا بل كانوا غائبين (كررت) الايمان (عليه) اى على رب الدار ووجبت الدية على العاقلة لما تقدم (والقسامة على الملاك دون السكان) عند الطرفين يعنى اذا كان فى المحلة سكان وملاك فالقسامة على الملاك عندهما (وعند ابى يوسف على الجميع) لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ولانه عليه الصلاة والسلام قضى بالقسامة والدية على اهل خيبر وقد كانوا سكانا ولان وجوبهما عليهم لالتزامهم الحفظ اولوجود القتيل بينهم والكل فى ذلك سواء وان كانوا ينتقلون الى اهاليهم بالليل مثل الخياط والصباغ يكونون بالنهار فى موضع و ينصرفون الى اهاليهم بالليل فلاشئ عليهم ولهما ان التدبير فى حفظ المحلة الى الملاك دون السكان لان السكان يتنقلون فى كل وقت من محلة الى محلة دون الملاك ولان مايكون من الغنم وهو الشفعة يختص به الملاك فكذا ما يكون من الغرم واما اهل خيبر فكانوا ملاكا لاسكانا الملاك هم اصحاب الرقبة والسكان هم المستأجرون والمستعيرون والمودعون والمرتهنون واذا وجد الضيف فى دار المضيف قتيلا فهو على رب الدار عند الامام وقال ابو يوسف ان كان نازلا فى بيت على حدة فلادية ولاقسامة واذا كان مختلطا فعليه الدية والقسامة والفتوى اليوم على قول ابى يوسف (وهى) اى القسامة (على اهل الخطة) اى اصحاب الاملاك القديمة الذين تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين (ولو بقى منهم) اى من اهل الخطة (واحد دون المشترين) هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف على المشترين ايضا) لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ولهذا جعلوا مقتصرين وولاية الحفظ باعتبار الكون فيها وقد استووا فصار كالدار المشتركة بين واحد من اهل الخطة و بين المشترين ولو كان للخطة تأثير فى التقدم لما شاركه المشترى ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بتدبير المحلة والمحلة تنسب اليه دون المشترين وقلما يزاحمه المشترى فى التدبير والقيام بحفظ المحلة فكان هو المختص بالقسامة ووجوب الدية دون المشترى وقيل انما اجاب الامام بهذا بناء على ماشاهده من عادة اهل الكوفة فى زمانه ان اصحاب الخطة فى كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولايشاركهم المشترون فى ذلك (وان لم يبق من اهل الخطة احد فعلى المشترين بالاتفاق) اى اذا لم يبق من اهل الخطة احد بان باعوا كلهم فالقسامة والدية على المشترين لانه زال من يتقدمهم او يزاحمهم فانتقلت الولاية اليهم عندهما وعند ابى يوسف حصلت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم والفرق بين التعليلين خفى يظهر بالتأمل (وان بيعت دار ولم تقبض) فوجد

فيها قتيل (فعلى البائع) اى تجب القسامة والدية على عاقلة البائع عند الامام (وعندهما على المشترى) لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ والملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات فلهذا وجبت عليه القسامة والدية وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك واليد قبل القبض للبائع فكان مقصرا فى الحفظ فوجبت عليه (وفى البيع بخيار على) عاقلة (ذى اليد) عند الامام (وعندهما على من يصير الملك له) لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ فلا تجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع وما شرط فيه الخيار يعتبر فيه قرار الملك وله ان الحفظ انما يكون فى الايدى لانه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر عليه بالملك بدون اليد والحاصل انه اعتبر اليد وهما اعتبرا الملك ان وجد والا فيتوقف على قرار الملك (ولا تدى عاقلة ذى اليد الا بحجة انها) اى الدار (له) يعنى اذا كانت دار فى يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته حتى يشهد الشهود انها لصاحب اليد وان كانت تدل على الملك الا انها تحتمله فلا تكفى لايجاب الضمان على العاقلة كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة فى الدار المشفوعة لان ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع كما عرف فى الاصول ولا فرق فى ذلك بين ان يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار او غيره (وان وجد) اى قتيل (فى دار مشتركة سهاما مختلفة) بان كان نصفها لرجل وعشرها لاخر ولاخر ما بقى (فالقسامة والدية على الرؤس) لان هذا الحكم مضاف الى ولاية الحفظ وعند التقصير فيه يثبت احكام القتل بدلالة الملك وولاية الحفظ ثابتة لهم على السواء والدلالة واحدة لا يختلف اثرها بتفاوت الملك فكان على عدد الرؤس كالشفعة (وان وجد) اى القتيل (فى سفينة فعلى من فيها) اى فى السفينة (من الملاحين والركاب) جمع راكب اى تجب القسامة والدية على من كان فى السفينة من اربابها وسكانها المالك وغير المالك فى ذلك سواء لانهم فى تدبيرها سواء اذا حزبهم امر اما على مذهب ابى يوسف فظاهر لتسويته فى الدار بين السكان والملاك واما على قولهما فلان السفينة تنقل وتحول فتكون فى اليد حقيقة فانها مركب كالدابة (وان وجد فى مسجد محلة فعلى اهلها) لانهم احق الناس بالتدبير فيه (وان) وجد القتيل (بين قريتين فعلى اقربهما) اى القريتين الى القتيل لما روينا سابقا (وان) وجد (فى سوق مملوك فعلى المالك) عند الامام (وعند ابى يوسف على السكان) سواء كانوا ملاكا او غير ملاك قال صاحب التسهيل اقول ينبغى ان يشارك الملاك السكان عند ابى يوسف كما فى مسئلة الدار (وفى غير المملوك) من الاسواق (كالشوارع) جمع شارع وهو الطريق الاعظم (على بيت المال) اى تجب الدية على بيت المال بدون قسامة لان المقصود بالقسامة نفى تهمة القتل وهذا لا يتحقق فى حق العامة وفى الدرر اعلم ان الطريق ينقسم ابتداء الى قسمين احدهما طريق خاص وهو ما يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل لا مخرج والاخر طريق عام وهو ما لا يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل ومخرج ويسمى هذا بالشارع وهو ايضا قسمان احدهما شارع المحلة وهو ما يكون المرور فيه اكثر لاهل المحلة وقد يكون لغيرهم ايضا وهذا ما قال فى الينابيع وفى مسجد محلة على اهلها كما لو وجد فى شارع المحلة والاخر الشارع الاعظم وهو ما يكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية كالطرق الواسعة فى الاسواق وخارج البلدان وهذا ما قال صاحب الهداية ومن وجد فى الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة فيه هكذا يجب ان يعلم هذا المقام حتى تندفع الشبهة وتضمحل الاوهام انتهى وقال صاحب النهاية فى شرح قول صاحب الهداية وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة فعلى بيت المال انما اراد بها ان تكون نائية عن المحال واما الاسواق التى تكون فى المحال فهى محفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون

القسامة والدية على اهل المحلة انتهى وقال الزيلعي وفي الجامع والشارع لا قسامة والدية على بيت المال لان التدبير في مسجد المحلة اليهم والجامع والشارع للعامة ثم قال بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها والتي في المحال والمساجد التي فيها حيث يجب الضمان فيها على اهل المحلة او على الملاك على الاختلاف الذي مر لانها محفوظة بحفظ اربابها او بحفظ اهل المحلة انتهى ونحوه في البزازية وقد افتى بعض الفضلاء بوجوب القسامة والدية على اقرب المحلات وقال وانما يكون على بيت المال فيما اذا كان الشارع نائيا عن المحلات نص على ذلك في شروح الهداية وعامة كتب الفتاوى انتهى وانما اطنبنا الكلام في هذا المقام لما يفهم من اطلاق المتون ان الدية فيما ذكر على بيت المال من غير تقييد بالبعد عن المحلات ولابد من اعتبار هذا التقييد كما هو في اكثر المعتبرات (وكذا) تجب الدية على بيت المال (ان وجد) القتيل (في المسجد الجامع) لانه للعامة لا يختص به واحد دون واحد (وكذا ان وجد في السجن) عند الطرفين (وعند ابي يوسف على اهل السجن) لهما ان اهل السجن مقهورون في السكون في ذلك الموضع فقلما يقومون بحفظه والتدبير فيه ثم ذلك الموضع معد لمنفعة المسلمين فدية القتيل الموجود فيه تكون على بيت المال وابو يوسف اعتبر كونهم سكانا وهم الذين يقومون بتدبير ذلك الموضع ماداموا فيه فالظاهر ان القتل حصل منهم قالوا وهذا الاختلاف بناء على مسئلة الملاك والسكان كذا في الكافي (وان) وجد (في برية) بكسر الراء وتشديد الياء الصحراء (ليس بقربه) هكذا في عامة النسخ بضمير المذكر فان صح يكون التذكير باعتبار الموضع او المكان والجملة صفة البرية (قرية يسمع منها) اي القرية (الصوت) الجملة الفعلية صفة لقرية (فهو هدر) اما اذا سمع منها الصوت تكون فناء العمران وهم احق بالتدبير فيه لرعي مواشيهم الا يرى انه ليس لاحد ان يحيي ذلك الموضع بغير رضاهم واما اذا لم يسمع منها الصوت الواقع في البرية فيعد ذلك الموضع من جملة الموات فلا يجب فيه شيء ولا يوصف اهل القرية بالتقصير لان القتيل بهذه الحالة لا يلحقه الغوث بصوته وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فان كانت فالقسامة والدية على عاقلته (وكذا لو) وجد (في وسط الفرات) قال في المغرب هو نهر الكوفة والمراد به النهر العظيم لا بخصوص نهر الفرات فكانه قال وما يشبهه ولهذا قال في المبسوط اذا وجد القتيل في نهر عظيم يجري به الماء فلا شيء فيه وذكر الوسط ليس بقيد احترازي لان حكم الشط كحكم الوسط مادام يجري بالقتيل ماؤه (وان) وجد (محتبسا بالشط) اي جانب النهر (فعلى اقرب القرى منه) اي من الشط لان الشط في ايديهم بحيث يستقون منه ويوردون دوابهم عليه فكانوا احق بتدبيره فكان ضمان المحتبس فيه عليهم ولو كان نهرا صغيرا لقوم معروفين فالقسامة والدية عليهم لانهم احق الناس بالانتفاع بمائه سقيا لاراضيهم والتدبير في كريه واجراء الماء منه اليهم فكان بمنزلة المحلة والنهر الصغير ما يستحق بالشركة فيه الشفعة وما لا يستحق بالشركة فيه الشفعة فهو نهر عظيم كالفرات وجيحون كذا في الكافي (وان التقى قوم بالسيوف ثم اجلوا) اي انكشفوا وتفرقوا (عن قتيل فعلى اهل المحلة) لان حفظ المحلة في مثل ذلك واجب على اهلها حيث قصروا في الحفظ وجبت عليهم القسامة والدية (الا ان يدعي وليه) اي القتيل (على القوم) الذين التقوا واجلوا (او على واحد معين منهم فتسقط) اي القسامة والدية (عنهم) اي عن اهل المحلة لانه بدعواه جعل مبريا لاهل المحلة عن القسامة والدية (ولا يثبت) القتل (على) اولئك (القوم) الذين التقوا واجلوا (الا بحجة) اذ بمجرد الدعوى لا يثبت الحق لقوله عليه الصلاة والسلام لو خلي الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر (ولو وجد) اي القتيل (في معسكر) اي في موضع عسكر (بارض غير مملوكة) لاحد (فان) وجد (في خباء) هو اسم بيت من الصوف (او فسطاط) وهو

الخيمة العظيمة (فعلى ربه) اى رب الخباء والفسطاط (والا فعلى الاقرب) اى تجب الدية والقسامة على اهل ذلك الخباء والفسطاط الاقربين (منه) اى من القتيل لان المعتبر هو اليد فى الموضع الذى لاملك لاحد فيه قالوا هذا اذا نزلوا قبائل متفرقين متصرفين واما اذا نزلوا جملة مختلطين فالدية والقسامة على العسكر جميعهم لانهم لما نزلوا جملة مختلطين صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة فيكون منسوبا اليهم كلهم فتجب غرامة ماوجد فى خارج الخيام عليهم كلهم (وان كانوا) اى العسكر (قد قاتلوا عدوا) ووجد قتيل بينهم (فلاقسامة ولادية عليهم) لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا (وان كانت الارض) التى نزل بها العسكر (مملوكة) لاحد (فالعسكر كالسكان والقسامة على المالك لاعليهم) اى لاعلى العسكر لان المالك هو المختص بالتدبير فى ملكه وحفظ ملكه اليه كما مر ان لاعبرة للسكان مع الملاك عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه يوجب القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا ودليله مذكور فيماسبق فلاحاجة الى اعادته (ومن جرح فى قبيلة ثم نقل الى اهله ولم يزل ذافراش حتى مات) من تلك الجراحة (فالقسامة) والدية (على القبيلة) التى جرح بها (عند الامام وعند ابى يوسف لاشئ فيه) لان القسامة والدية انما شرعت فى القتيل الموجود وهذا جريح ليس بقتيل فصار كما لولم يكن صاحب فراش ولهما انه اذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض اذا اتصل به الموت يجعل كالميت من اول سببه فى حكم التصرفات فكذا فى حكم القسامة والدية يجعل كانه مات حين جرح فى ذلك الموضع فامااذا لم يكن صاحب فراش فهو فى حكم التصرفات كالصحيح فكذا فى حكم القسامة والدية وعلى هذا التخريج اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى بيته فمات بعد يوم او يومين فان كان صاحب فراش حتى لومات فهو على الذى كان يحمله كما لومات على ظهره وان كان يذهب ويجئ فلاشئ على من حمله وفيه خلاف ابى يوسف وهذا لان وجوده جريحا فى يده كوجوده جريحا فى المحلة كذا فى الكافى واليه اشار بقوله (ولو) كان (مع الجريح رجل فحمل) ذلك الرجل المجروح الى اهله (ومات) المجروح فى اهله (فلاضمان على الرجل) الحامل عند ابى يوسف (وفى) قياس (قول الامام يضمن) والعلة فيه من الطرفين ما اسلفناه نقلا عن الكافى (ولو ان رجلين كانا فى بيت واحد فوجد احدهما مذبوحا ضمن الاخر) ديته (عند ابى يوسف خلافا لمحمد) فانه قال لايضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان يكون قتله الاخر فلا يجب الضمان بالشك ولابى يوسف ان الظاهر ان الانسان لايقتل نفسه فلايعتبر هذا التوهم كما لايعتبر اذا وجد قتيلا فى محلة (ولو وجد القتيل فى محلة لامرأة كررت اليمين عليها وتدى عاقلتها عند الطرفين وعند ابى يوسف على عاقلتها القسامة ايضا) كالدية لان القسامة على اهل النصرة والمرأة ليست منها فاشبهت الصبى ولهما ان القسامة فى القتيل فى الملك باعتبار الملك نفيا لتهمة القتل والمرأة فى الملك وتهمة القتل كالرجل فى القسامة (قال المتأخرون والمرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة فى هذه المسئلة) اى قال المتأخرون من اصحابنا ان المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسئلة لانها حيث جعلناها قاتلة شاركت العاقلة فى الدية لانه حيث وجبت الدية على غير المباشر فعلى المباشر اولى ان يجب جزء منها (ولو وجد) اى القتيل (فى ارض رجل فى جنب قرية) صفة الارض (ليس صاحب الارض منها) اى من تلك القرية والجملة المصدرة بليس صفة قرية (فهو) اى وجوب الدية والقسامة (على صاحب الارض) لان التدبير فى حفظ الملك الخاص الى المالك دون غيره فيجعل كان المالك هو القاتل

﴿كتاب المعاقل﴾

المعاقل جمع معقلة كالمفاخر جمع مفخرة من عقل يعقل عقلا وعقولا ولما كان موجب القتل الخطأ وما فى معناه الدية على العاقلة فلم تكن بد من معرفتها وبيان احكامها فى هذا الكتاب فقال (وهى) اى المعاقل (الدية) وسميت الدية عقلا

ومعقلة لانها تعقل الدماء من ان تسفك اى تمسكها وتمنعها لما يلزم عليها من وجوب الدية ويسمى العقل عقلا لمنعه صاحبه عن القبايح (والعاقلة من يؤديها) اى الدية (وهم) اى المؤدون (اهل الديوان) وهم الجيش الذين كتبت اسماؤهم فى الديوان وفى القاموس والديوان يكسر ويفتح مجمع الصحف والكتاب يكتب فيه اهل الجيش واهل العطية واول من وضعه عمر رضى الله تعالى عنه جمعه دواوين ودياوين انتهى والاصل فى ايجاب الدية على العاقلة بالخطأ وشبه العمد قوله عليه الصلاة والسلام لاولياء الضاربة قوموا فدوه (ان كان القاتل منهم) والعاقلة عند الشافعى العشيرة لانه كان عليهم فى عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ولا نسخ بعده لانه لا يكون الا بوحى على لسان نبى ولا نبى بعده ولانه صلة والاقارب احق بالصلات كالارث والنفقات ولنا ان عمر رضى الله تعالى عنه فرض العقل على اهل الديوان بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه منكر منهم فكان ذلك اجماعا منهم فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف ماقضى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم قلنا هذا اجماع على وفاق ماقضى به رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فانهم علموا ان صلى الله تعالى عليه وسلم انما قضى على العشيرة باعتبار النصرة وقد كان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر رضى الله تعالى عنه الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان فلهذا قضى بالدية على اهل الديوان (تؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين) من وقت القضاء بالدية والتقدير بثلاث سنين مروى عنه عليه الصلاة والسلام ومحكى عن عمر رضى الله تعالى عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة (فان خرجت ثلاث عطايا فى) مدة (اقل) من ثلاث سنين (او) فى مدة (اكثر) مثل ان تخرج عطاياهم فى ست سنين مثلا (اخذ منها) اى من العطايا وحاصله انه اذا خرجت للعاقلة ثلث عطايا فى سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لوجود محل اداء الدية فلا فائدة فى التأخير واذا خرجت فى ست سنين يؤخذ منهم فى كل سنة سدس الدية اذ المقصود ان يكون المأخوذ من الاعطية لامن اصول اموالهم وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين او اقل منها او اكثر وهذا اذا كانت العطايا فى السنين المستقبلة بعد القضاء بالدية حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء (ومن لم يكن منهم) اى من اهل الديوان (فعاقلته قبيلته) لان نصرته بهم وهى المعتبرة فى هذا الباب (يؤخذ منهم فى ثلاث سنين) ايضا (من كل واحد) منهم (ثلاثة دراهم او اربعة) دراهم (كل سنة درهم) قوله كل بالنصب على الظرفية خبر مقدم ودرهم مبتدأ مؤخر (او) كل سنة (درهم وثلث) درهم (لا ازيد وهو الاصح) لمراعاة معنى التخفيف فيه (وقيل يؤخذ من كل واحد (فى كل سنة ثلاثة دراهم او اربعة) دراهم فيكون المأخوذ من كل واحد فى ثلاث سنين تسعة دراهم او اثنى عشر درهما وانما كان القول الاول اصح لخروج هذا القول من حد التخفيف وبلوغه حد الجزية فى الثانى وقربه منه فى الاول وعند الشافعى يجب على كل واحد نصف دينار (فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل اليهم نسبا) الاقرب فالاقرب (على ترتيب العصبات) وهم الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لانهم اقرب وقيل لا يدخلون لان الضم لنفى الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يكون عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون ثم انهم قالوا ان هذا الجواب انما يستقيم فى حق العرب المحفوظة انسابهم فامكن ايجاب العقل على اقرب القبائل من حيث النسب واما العجم فلا يستقيم هذا الجواب فيهم لتضييعهم انسابهم فلا يمكن [illegible] ايجاب الدية على اقرب القبائل اليهم نسبا واذا لم يمكن فقد اختلفوا فى هذه المسئلة فقال بعضهم [illegible] المال والاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقى فى مال الجانى

وفي البزازية اذا لم يكن للقاتل عاقلة فالدية في بيت المال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى (والقاتل كاحدهم) لانه المباشر للقتل فلا معنى لاخراجه من العقل ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لايجب على القاتل شئ لانه اذا لم يجب عليه الكل فلايجب عليه البعض اذا الجزء لايخالف الكل قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب البعض وعدم وجوب الكل لاينفي وجوب البعض (وان كان) اى القاتل (ممن) اى (قوم يتناصرون بالحرف) جمع حرفة (او بالحلف) بكسر الحاء وهو التحالف على التناصر (فعلى اهل حرفته او) اهل (حلفه) لما بينهم من التناصر (وعاقلة المعتق) بفتح التاء (و) عاقلة (مولى الموالاة مولاه وعاقلته) يعني ان كلا من المعتق ومولى الموالاة عاقلته مولاه وعاقلة مولاه لان النصرة بهم ولقوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم وفي مولى الموالاة خلاف الشافعي (عاقلة ولد الملاعنة عاقلة امه) لان نسبته اليهم فينصرونه (فان ادعاه ابوه بعد ماعقلوا) اى عاقلة الام (عنه) اى عن ولد الملاعنة (رجعوا على عاقلته) اى عاقلة الاب (بماغرموا) في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية لم تكن واجبة عليهم لانه لما اكذب الاب نفسه ظهر ان النسب كان من الاب لان النسب يثبت منه من وقت العلوق لامن وقت الدعوة فتبين به ان عقل جنايته كان على عاقلة ابيه وان قوم الام تحملوا عن قوم الاب مضطرين في ذلك بالزام القاضي وانما يرجعون في ثلاث سنين لانهم ادوا هكذا (وانما تعقل العاقلة ماوجبت بنفس القتل) وهو مايجب بالخطأ او شبه العمد او التسبب (فلاتعقل جناية عمد ولاجناية عبد ولامالزم بصلح او اعتراف) لما روى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما مرفوعا اليه صلى الله تعالى عليه وسلم انه قال لاتعقل العواقل عمدا ولاعبدا ولاصلحا ولااعترافا ولا مادون ارش الموضحة ولانه لايتناصر بالعبد والاقرار والصلح لايلزمان العاقلة لقصور ولايته عليهم وارش الموضحة نصف العشر ولان تحمل العاقلة تحرزا عن الاجحاف بالخاطئ ولااجحاف في القليل (الاان يصدقوه) اى العاقلة المعترف فيما اقر به لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على انفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال (ولا) تعقل العاقلة (اقل من نصف عشر الدية) وتحمل نصف العشر فصاعدا لما مر من قوله عليه الصلاة والسلام لاتعقل العاقلة عمدا ولاعبدا ولاصلحا ولااعترافا ولامادون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان الايجاب على العاقلة لدفع الاجحاف عن الجاني وذلك في القليل دون الكثير فلهذا اوجبنا الكثير على العاقلة والفاصل بينهما ارش الموضحة بالنص ومادون ذلك يكون في مال الجاني (بل ذلك) اى الاقل من نصف عشر الدية (على الجاني) والقياس فيه احد الشيئين اما التسوية بين الكثير والقليل في ايجاب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية بينهما في ان لايجب شئ على العاقلة كما في ضمان المال لكنا تركنا القياس بالسنة وانما جاءت السنة في ارش الجنين في الايجاب على العاقلة وارش الجنين نصف عشر بدل الرجل فيقضى بذلك على العاقلة وفيمادونه يؤخذ بالقياس كذا في الكافي (ولاتدخل النساء والصبيان في العقل) لقول عمر رضي الله تعالى عنه لايعقل مع العواقل صبي ولاامرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لايتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لايوضع عليهم ماهو خلف النصرة والجزية وعلى هذا لوكان القاتل صبيا او امرأة لاشئ عليهما من الدية لان وجوب جزء من الدية على القاتل انما هو باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه والنصرة لاتوجد فيهما وفي التبيين وهذا صحيح اذا قتله غيرهما واما اذا باشرا القتل بانفسهما فالصحيح انهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون اذا قتل فالصحيح انه كواحد من العاقلة انتهى (ولايعقل مسلم عن كافر ولا بالعكس) اى لايعقل كافر عن مسلم لعدم التناصر (ويعقل الكافر عن الكافر وان اختلفا ملة) لان الكفر ملة واحدة (ان لم تكن العداوة بين الملتين

ظاهرة كاليهود مع النصارى) فان العداوة فيهما ظاهرة فلا يعقل بعضهم بعضا لعدم التناصر بظهور العداوة بينهم هكذا روى عن ابى يوسف (وان لم يكن للذمى عاقلة فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) من يوم يقضى عليه كما فى حق المسلم لما ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة لو كانت موجودة فاذا لم توجد كانت الدية عليه (والمسلم) اذا لم تكن له عاقلة (يعقل عنه بيت المال) لان الدية تجب بالنصرة وجماعة المسلمين يتناصرون (وقيل) المسلم (كالذمى) تجب الدية فى ماله اذا لم تكن له عاقلة (وان جنى حر على عبد خطأ فعلى العاقلة) لانه ضمان الادمى فتجب على العاقلة اذا كان القتل خطأ قياسا على الحر وقال الشافعى فى قول تجب على القاتل لانه بدل المال عنده حتى اوجب قيمته بالغة ما بلغت ولا خلاف فى اطراف العبدان ضمانها لا تجب على العاقلة لانه يسلك بها مسلك الاموال ولا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى فى كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة فلا تتحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لا تتحمل جناية العبد عاقلة مولاه والاصل فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عبدا ولا عمدا

﴿كتاب الوصايا﴾

لا يخفى ظهور مناسبة ايراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب لان آخر احوال الادمى فى الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله اختصاص بكتاب الجنايات والديات والجناية قد تفضى الى الموت الذى وقته وقت الوصية والوصية فى الاصل اسم بمعنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية كما فى العناية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها او دين (الوصية) فى الشرع (تمليك مضاف الى ما بعد الموت) يعنى بطريق التبرع سواء كان عينا او منفعة وسببها ان يذكر بالخير فى الدنيا ونيل الدرجات العالية فى العقبى ومن شرائطها كون الموصى اهلا للتمليك والموصى له اهلا للتملك والموصى به بعد موت الموصى مالا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود ومنها عدم الدين ومنها التقدير بثلث التركة حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث ومنها كون الموصى له اجنبيا حتى لا تجوز الوصية للوارث الا باجازة بقية الورثة وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان وما يجرى مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكمها ففى حق الموصى له ان يملك الموصى به ملكا جديدا كما فى الهبة وفى حق الموصى اقامة الموصى له فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث واما صفتها فاذكره فى المتن بقوله (وهى مستحبة بما دون الثلث ان كان الورثة اغنياء او يستغنون بانصبائهم) لانه تردد بين الصدقة على الاجنبى والهبة بالترك للقريب والاول اولى لقوله عليه الصلاة والسلام الصدقة يبتغى بها رضاء الله تعالى (والا) اى وان لم تكن الورثة اغنياء ولا يستغنون بانصبائهم (فتركها) اى الوصية (احب) لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه الصلاة والسلام افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولان فيه حق الفقير والقرابة جميعا (ولا تصح) الوصية (بما زاد على الثلث) لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سعد بن ابى وقاص رضى الله تعالى عنه انه قال جاء رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى فقلت يا رسول الله قد بلغ بى من الوجع ما ترى وانا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى افاتصدق بثلثى مالى قال لا قلت فالشطر يا رسول الله قال لا قلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير او كبير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس (ولا تصح) الوصية (لقاتله) اى المورث (مباشرة) لقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية للقاتل وقيد بقوله مباشرة احترازا عن القتل تسببا فانه لا يمنع صحة الوصية لعدم تناوله النص (ولا لوارثه) لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى اعطى كل ذى حق حقه الا لا وصية لوارث ولان بقية الورثة يتأذون بايثاره بعضهم ففى تجويزه قطيعة الرحم (الا باجازة الورثة) استثناء مما تقدم من عدم الصحة بما زاد على الثلث وعدم صحة الوصية لقاتله ووارثه يعنى لا تصح الوصية بما زاد على الثلث ولا للقاتل ولا للوارث فى حال من الاحوال الا فى حال التباسها باجازة

الورثة فتصح حينئذ لان عدم الجواز كان لحقهم فيجوز باجازتهم ولما روى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما انه عليه الصلاة والسلام قال لاتجوز وصية لوارث الاان يشاء الورثة ويشترط ان يكون المجيز من اهل التبرع بان يكون عاقلا بالغا وان اجاز البعض دون البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه فقط ولاتعتبر اجازة الورثة فى حال حيوة الموصى حتى كان لهم ان يرجعوا بعد موت الموصى (وتصح) الوصية (بالثلث) للاجنبي (وان لم يجيزوا) لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم فى آخر اعماركم زيادة لكم فى اعمالكم فضعوها حيث شئتم اوقال حيث احببتم وللاجماع على ذلك (وتصح الوصية من المسلم للذمى وبالعكس) فالاول لقوله تعالى لاينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين والثانى لانه بعقد الذمة ساوى المسلم فى المعاملات والتبرعات حتى جاز التبرع من الجانبين فى حال الحيوة فكذا بعد الممات وفى الجامع الصغير الوصية لحربى هو فى دارهم باطلة لانها بر وصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهيكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الاية وفى السير الكبير ما يدل على الجواز ووجه التوفيق انه لاينبغى ان يفعل وان فعل جاز كذا فى الكافى وفيه تأمل واما وصية الحربى بعد مادخل دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تمليك المال فى حيوته فكذا بعد مماته خلا انه لافرق بين وصيته بالثلث او بجميع ماله لان المسلم انما منع من الوصية بمازاد على الثلث لحق ورثة المسلمين فان حقهم معصوم من الابطال بخلاف ورثة الحربى لان حقهم غير معصوم فلذلك لم يمنع حقهم صحة الوصية بالجميع كما فى شروح الجامع الصغير (وتصح) الوصية (للحمل وبه) اى بالحمل (ان كان بينها) اى بين الوصية (وبين ولادته) اى الحمل (اقل من ستة اشهر) من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية اخت الميراث لانها استخلاف من وجه اذ الموصى له يخلفه فى بعض ماله كالارث ولهذا لايحتاجان الى القبض والجنين صلح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية الا انها ترتد بالرد لان فيها معنى التمليك بخلاف الارث فانه استخلاف مطلق وبخلاف الهبة لانها تمليك محض ولاولاية لاحد عليه حتى يملكه شيئا فان قيل ان الوصية شرطها القبول والجنين ليس من اهله فكيف تصح قلنا الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا امكن ولشبهها بالميراث يسقط القبول اذا لم يمكن عملا بالشبهين واما الثانى فانه تجرى فيه الوراثة فتجرى فيه الوصاية لما مر ان الوصاية اخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت اذا اتت بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم الموت (ولاتصح الهبة له) اى للحمل لما ان الهبة من شرائطها القبول ولايتصور ذلك من الجنين ولايلى عليه احد حتى يقبض عنه (وان اوصى بامة) اى ام الحمل (دونه) اى الحمل (صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الامة وان لم يتناول الحمل لفظا لكنه يستحق باطلاق اللفظ تبعا لها فاذا افردها بالوصية صح افرادها فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فكان ينبغى ان لايصح الاستثناء لانه اخراج مايتناوله المستثنى منه قلنا يكفى لصحة التزيين يزيه كما فى استثناء ابليس من الملائكة على القول بانه من الجن على ان صحة الاستثناء لايفتقر الى التناول اللفظى بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من الف درهم ولان الاصل ان مايصح افراده بالعقد يصح استثناؤه ومالايصح افراده بالعقد لايصح استثناؤه ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه غاية الامر ان يكون استثناء منقطعا بمعنى لكن حيث لم يدخل تحت اللفظ (ولابد فى الوصية من القبول) لان الايصاء تمليك فلابد من القبول (ويعتبر القبول (بعد موت الموصى) لان اوان ثبوت حكمها بعد موت الموصى (ولااعتبار للرد والقبول فى حيوته) اى حيوة الموصى كما اذا قال لامرأته انت طالق غدا على درهم فان ردها وقبولها باطل قبل الغد (وبه) اى بالقبول (تملك الوصية) ولاتملك قبله لان الوصية اثبات ملك جديد ولايملك احد اثبات الملك لغيره بلا اختيار (الا ان يموت الموصى له بعد موت الموصى قبل

القبول فانه) اى الموصى له (يملكها) اى الوصية (وتصير لورثته) اى ورثة الموصى له ولاحاجة الى القبول وهذا استحسان والقياس ان تبطل الوصية لما تقرر ان احدا لايقدر على اثبات الملك لغيره بدون اختياره فصار كموت المشترى قبل القبول بعد ايجاب البايع ووجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصى وقدتمت بموته تماما لايلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل فى ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى اوالبايع ثم مات من له الخيار قبل الاجازة (ولاتصح) الوصية (من صبى ولامكاتب وان ترك وفاء) اما عدم صحة الوصية من الصبى فلانه تبرع كالهبة والصدقة وذلك لان اعتبار عقله فيما ينفعه دون ما يضره الايرى انه لايعتبر عقله فى حق الطلاق اوالعتاق لان ذلك يضره باعتبار الاصل الوضع فكذا تمليك المال بطريق التبرع فيه ضرر باعتبار اصل الوضع وان كان يتفق نافعا باعتبار الحال والمعتبر فى النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى مايتفق بحكم الحال واما وصية المكاتب فعلى ثلثة اقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لاملك له حقيقة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا اضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق بان قال اذا اعتقت فثلث مالى وصية لفلان حتى لواعتق قبل الموت باداء بدل الكتابة اوغيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لان الملك لم يوجد له حقيقة وانما ثبت بطريق الضرورة فلا يظهر فى حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ما اذا قال اوصيت بثلث مالى لفلان ثم اعتق فالوصية باطلة عند الامام وعندهما جائزة (والوصية مؤخرة عن الدين) لان اداءه فرض والوصية تبرع فيبدأ بالفرض (فلا تصح) الوصية (من محيط دينه بماله الاان يبرأه الغرماء) فحينئذ تصح لزوال المانع وهو بقاء الدين فاذا ابرأه الغرماء نفذت الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها (وللموصى ان يرجع فى وصيته) لانه تبرع فجاز رجوعه عنها كالهبة ولان قبول الوصية بعد الموت فجازله الرجوع عنها قبل القبول كما فى سائر التصرفات ثم الرجوع قد يثبت صريحا وقد يثبت دلالة فلهذا قال (قولا) كان يقول رجعت عن وصيتى (اوفعلا) وهوما فسره بقوله (يقطع) صفة فعلا (حق المالك فى الغصب) اى فى المغصوب كقطع الثوب اوخياطته (اويزيل ملكه كالبيع والهبة) فانه اذا باع الموصى به اووهبه كان رجوعا دلالة والدلالة تقوم مقام الصريح فقام الفعل المذكور مقام القول (وان) وصلية (اشتراه) اى الموصى به (اورجع) عن الهبة (بعدذلك) اى بعد ماذكر من البيع والهبة وزوال الملك ولايتعدى تملكه ثانيا بالشراء او الرجوع (اويوجب) معطوف على قوله يقطع الواقع صفة لفعلا اى له ان يرجع عن وصيته بان فعل فعلا يوجب (فى الموصى به زيادة لايمكن التسليم الابها) اى بتلك الزيادة (كلت السويق بسمن والبناء فى الدار والحشو بالقطن وقطع الثوب وذبح الشاة رجوع) قوله والبناء فى الدار والحشو بالقطن يجوز ان يكونا معطوفين على لت السويق وقوله وقطع الثوب مبتدأ خبره قوله رجوع ويجوز ان يكون مبتدأ هوقوله والبناء وماعطف عليه والخبر هورجوع والاول هوالاظهر لابتنائه على امتناع التسليم واماقطع الثوب وذبح الشاة فلبنائه على الاستهلاك وكون ذلك الفعل يدل على انه مثله للصرف الى حاجته فتبطل به الوصية ويكون رجوعا (لاغسل الثوب وتجصيص الدار وهدمها) فانه ليس برجوع لان ذلك ليس بتصرف فى نفس ماوقعت الوصية به ولانه تصرف فى البناء والبناء تبع والتصرف فى التبع لايدل على اسقاط الحق عن الاصل وكذا هدم البناء تصرف فى التابع (والجحود ليس برجوع عند محمد خلافا لابى يوسف) قال فى الجامع الكبير ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا وذكر فى المبسوط انه رجوع قيل ماذكر فى الجامع محمول على ان الجحود كان عند

غيبة الموصى له وهذا لايكون رجوعا على الروايات كلها وماذكر في المبسوط محمول على ان الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعا وقيل في المسئلة روايتان وقيل ما ذكر في الجامع قول محمد وماذكر في المبسوط قول ابي يوسف وهو الاصح لابي يوسف ان الرجوع نفي الوصية في الحال والجحود نفيها في الماضي والحال فهذا اولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الرجوع عن الشيء يقتضي سبق وجود ذلك الشيء وجحود الشيء يقتضي سبق عدمه فلو كان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال (ولاقوله اخرت الوصية) بان قيل له اخر الوصية فقال اخرتها لاتكون رجوعا لان التأخير ليس باسقاط بخلاف قوله تركت الوصية لان الترك اسقاط (و كل وصية اوصيت بها لفلان فهي حرام) فانه لايكون رجوعا عن الوصية (ولوقال مااوصيت به لفلان فهو لفلان فرجوع) لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات التخصيص له فاقتضى رجوعا عن الاول بخلاف ما اذا اوصى به لاخر ايضا فانه لايكون رجوعا لان اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها فيكون مشتركا بينهما (الاان يكون فلان الثاني ميتا) حين اوصى فالوصية الاولى تكون على حالها (وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها) اي بعد ما ذكر من الهبة والوصية هكذا وجد في عامة النسخ بضمير التأنيث والظاهر ان تكون النسخة بعدهما اي بعد الهبة والوصية والاصل في هذا الفصل ان المعتبر كون الموصى له وارثا اوغير وارث وقت الموت لاوقت الوصية لانه تمليك مضاف الى مابعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى لواوصى الى اخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ وعكسه اذا اوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ لماذكر والهبة والصدقة من المريض لوارثه نظير الوصية لانه وصية حكما حتى تعتبر من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا اوغير وارث عند الاقرار لانه تصرف في الحال فيعتبر حاله في ذلك الوقت حتى لواقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا بعد ذلك لكن شرطه ان يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية وكذا لواقر لاجنبية ثم تزوجها لايبطل اقراره لهما واما اذا ورث بسبب قائم عند الاقرار لايصح كما لواقر لاخيه المحجوب ثم مات ابنه (وكذا اقراره ووصيته وهبته لابنه الكافر اوالرقيق ان اسلم اواعتق بعد ذلك) اي بعد ماذكر من الاقرار والوصية والهبة اما الوصية والهبة فلما مر ان المعتبر فيهما حال الموت واما الاقرار فانه وان كان ملزما بنفسه لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا (وهبة المقعد) وهو العاجز عن المشي لداء في رجليه (والمفلوج) الفلج داء يعرض في نصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الارادية (والاشل) وهو الذي في يده ارتعاش وحركة (والمسلول) وهو الذي يكون به مرض السل وهو قرح في الرية تعتبر وصيته (من كل ماله ان طال) مدة مرضه وقدروه بالسنة (ولم يخف موته منه) اي من المرض (والا) اي وان لم يطل مدة مرضه وخيف موته منه (فمن ثلثه) اي ثلث ماله يعني ان من كان مبتلى بواحد من هذه الامراض وتصرف بشيء من التبرعات ثم مات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول الاربعة كان المرض مرض الموت فتعتبر تبرعاته من ثلث ماله وان مات بعد تمام السنة من حين تبرعه تبين انه لم يكن مريضا مرض الموت لانه اذا سلم في فصول السنة الاربعة التي كل واحد منها مظنة الهلاك صار المرض بمنزلة طبع من طبايعه وخرج صاحبه من احكام المرض حتى لايشتغل بالتداوي كافي الدرر وفي البزازية والمريض الذي يكون تصرفه من الثلث بان يكون ذا فراش بحيث لايطيق القيام لحاجته وتجوزله الصلوة قاعدا ويخاف عليه الموت كالفالج اوصار زمنا اويابس الشق لايكون له حكم المريض الا اذا تغير حاله عن ذلك ومات من ذلك

التغيير فا فعل في حال التغيير فمن الثلث قال الفضلي مرض الموت ان لا يخرج الى حوائج نفسه وعليه اعتمد في التجريد انتهى

﴿ باب الوصية بثلث المال ﴾

لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب (ولو اوصى لكل من اثنين بثلث ماله ولم يجز وارثه) ذلك (قسم الثلث بينهما نصفين) يعني اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاولى (ولو اوصى لاحدهما بثلثه وللآخر بسدسه) ولم تجز الورثة (قسم) الثلث بينهما (اثلاثا) بالاجماع لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن حقهما اذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقسم على قدر حقهما بان يجعل الثلث ثلاثة اسهم سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث (واو) اوصى (لاحدهما بثلثه وللآخر بثلثيه او بنصفه او بكله) ولم تجز الورثة (ينصف الثلث بينهما) عند الامام لان الوصية باكثر من الثلث اذا لم تجزها الورثة تكون باطلة فكانه اوصى بالثلث لكل واحد فينصف الثلث بينهما في جميع هذه الصور (وعندهما يثلث الثلث في الاول) اي في وصيته للآخر بثلثيه فيكون لصاحب الثلث سهم منه ولصاحب الثلثين سهمان (ويخمس) الثلث (خمسين وثلاثة اخماس في الثاني) اي في وصيته للآخر بنصفه فيكون خمساه لصاحب الثلث وثلاثة اخماسه لصاحب النصف لان مخرج الثلث والنصف اذا اجتمعا يكون ستة ونصفه ثلاثة وثلثه اثنان فيكون المجموع خمسة اسهم فيقسم الثلث بهذه السهام (ويربع) الثلث (في الثالث) اي في وصيته للآخر بكله فيكون لصاحب الثلث ربعه ولصاحب الكل ثلاثة ارباعه وهذا الخلاف مبني على اصل مختلف فيه بين الامام وصاحبيه والى هذا اشار بقوله (ولا يضرب) على صيغة المبني للمفعول (الموصى له بما زاد على الثلث عند الامام) قال في شرح الوقاية المراد بالضرب الضرب المصطلح عند الحساب فانه اذا اوصى بالثلث والكل فعند الامام سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف في ثلث المال فالنصف في الثلث يكون نصف الثلث وهو السدس فينصف الثلث بينهما كما في الصور الثلث كلها وعندهما يقسم الثلث في صورة الاولى على ثلاثة اسهم سهم لصاحب الثلث وسهمان لصاحب الثلثين وعلى خمسة في الصورة الثانية ثلاثة للموصى له بالنصف وسهمان للموصى له بالثلث وعلى اربعة في الصورة الثالثة ثلاثة للموصى له بالكل وواحد للموصى له بالثلث (الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) اما المحاباة فصورتها انه اذا كان عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة فاوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فان المحاباة حصلت لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لكونها في حالة المرض فان لم يكن للموصي مال غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول الامام وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف فيما زاد من خمسمائة واما السعاية فصورتها ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا جميعا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي واما الدراهم المرسلة اي المطلقة عن كونها ثلثا او نصفا او نحوهما فصورتها ان يوصي لرجل بالفين ولآخر بالف وثلث ماله الف ولم تجز

الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا (وتبطل الوصية بنصيب ابنه) يعنى لو اوصى بنصيب ابنه من ميراثه لغيره بطلت لان ماهو حق الابن لايصح ان يوصى به لغيره لما فيه من تغيير مافرض الله (وتصح) الوصية (بمثل نصيب ابنه) اذ لامانع منه لان مثل الشئ غيره سواء كان له ابن موجود اولا كما فى العناية وقال زفر كلتا هما صحيحتان لان الجميع ماله فى الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به مع انه يجوز ان يكون على تقدير المضاف وهو مثل ومثله شايع قال الله تعالى واسئل القرية اى اهلها (فلو كان له ابنان) واوصى بمثل نصيب ابنه لاخر (فللموصى له الثلث) والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه اوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف ووجه مافى المتن انه قصد ان يجعله مثل ابنه لا ان يزيد نصيبه على نصيب ابنه وحاصله ان يجعل الموصى له كاحدهما (وان كان له ثلاثة بنين) واوصى بمثل نصيب ابنه لاخر (فالربع) وعلى هذا القياس (وان اوصى بجزء من ماله فالتعيين) مفوض (الى الورثة) فيقال لهم اعطوه ماشئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لاتبطل بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصى فكان اليهم بيانه (وان) اوصى (بسهم) من ماله (فالسدس) عند الامام (وعندهما مثل نصيب احدهم) اى احد الورثة (الا ان يزيد) النصيب (على الثلث ولا اجازة من الورثة) وسوى فى الكنز بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروى عن الامام ان السهم عبارة عن السدس وروى مثل ذلك عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه وفى المجمع ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس السهام يعنى عند الامام ولايزاد على السدس لان تخريج السدس اعدل المخارج فلا يتجاوز عنه كما فى الاقرار وهذا اشارة الى جواب سؤال وهو ان يقال ان اخس الايصاء اقله والثمن اقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس وقد اجاب عنه فى العناية بان جعله بمعناه بما ورد من الاثر واللغة اما الاثر فما روى عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه وقد رفعه الى النبى صلى الله تعالى عليه وسلم فيما روى ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضى البصرة قال السهم فى اللغة عبارة عن السدس (قالوا) اى المشايخ (هذا فى عرفهم وفى عرفنا السهم كالجزء) فالتعيين فيه مفوض الى رأى الورثة (وان اوصى له بسدس ماله ثم بثلث ماله) بان قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس او مجلس آخر ثلث مالى لفلان (واجازوا) اى الورثة (فله الثلث) لكون السدس داخلا فى الثلث فلا يتناول اكثر من الثلث (وان) اوصى (بسدسه لفلان ثم بسدسه) له (فله) اى للموصى له (السدس) الواحد (سواء اتحد المجلس او اختلف) هذا قيد للمسئلتين معا وانما كان له السدس فى هذه الصورة لان المعرفة اذا اعيدت معرفة كانت الثانية عين الاولى كما تقرر فى الاصول وكما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب العسر يسرين وههنا سؤال ذكره صدر الشريعة ولم يجب عنه وهو ان قوله ثلث مالى له ان كان اخبارا فكاذب وان كان انشاء يجب ان يكون له النصف عند اجازة الورثة وان كان فى السدس اخبارا وفى الثلث انشاء فهو ممتنع واجاب عنه صاحب الدرر بانا نختار انه انشاء وانما لم يجب له النصف عند الاجازة لو كان النصف مدلول اللفظ وليس كذلك فان السدس والثلث فى كلامه شايع وضم الشايع الى الشايع لايفيد ازديادا فى المقدار بل يتعين الاكثر مقدما كان او مؤخرا ولهذا قال الجمهور فى تعليله لان الثلث متضمن للسدس فان التضمن لايتصور الا فى الشايع وضم السدس الشايع الى الثلث الشايع لايفيد زيادة فى العدد ولايتناول اكثر من الثلث وفائدة الاجازة انما تظهر فيما يكون متناولا للفظ والا كان برا مستأنفا لا اجازة وفى العناية فان قيل فاى فائدة فى قوله اذا اجازت الورثة فالجواب ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية زيادة

السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا
في الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على مايملكه وهو الايصاء بالثلث انتهى (واو اوصى بثلث
دراهمه او) ثلث (غنمه او) ثلث (ثيابه وهى) اى الثياب (من جنس واحد فهلك الثلثان) وبقى
الثلث (فله الباقى ان خرج من الثلث) اى من ثلث ما بقى من ماله وهو الجميع من الباقى وقال زفر له
ثلث الباقى (وكذا كل مكيل وموزون) اى اذا هلك الثلثان فللموصى له ثلث الباقى وفي التسهيل اشارة
الى انه يشترط ان يكون المكيل والموزون من جنس واحد (وان) اوصى (بثلث ثيابه وهى متفاوتة)
اى ليست من جنس واحد (فهلك الثلثان فله ثلث ما بقى) من الثياب لاختلاف الجنس (وان)
اوصى (بثلث عبيده) فهلك الثلثان (فكذلك) اى يكون له ثلث ما بقى من العبيد عند الامام
بناء على ان الظاهر هو اختلاف اجناسهم للتفاوت بين افرادهم فلا يمكن جمع حق احدهم
في الواحد (وعندهما فله كل الباقى) لانهم جنس واحد حقيقة وان تفاوتت افرادهم في الظاهر
وهذا الخلاف مبنى على قسمة الرقيق فعند الامام يقسم كل عبد على حدة فاهلاك يهلك على
الاشتراك بين الموصى له وبين الورثة وعندهما يقسم الكل قسمة واحدة (وقيل انهما يوافقان)
الامام في العبيد فقط فلا خلاف بينهم في ان له ثلث ما بقى (والدواب كالعبيد) اختلافا واتفاقا
(وان اوصى بالف وله عين ودين فهى عين ان خرجت) الالف (من ثلث العين) بان كان له ثلاثة
آلاف درهم وهى نقدا وعين قيمتها ثلاثة آلاف درهم فيدفع له الالف لانه امكن ايصال كل مستحق
الى حقه بلا بخس فيصار اليه (والا) اى وان لم تخرج الالف من ثلث العين بان كان النقد
ايضا الفا او العين قيمتها الف مثلا (دفع ثلث العين) للموصى له بالغا ما بلغ (و) دفع للموصى له
(ثلث ما يستوفى من الدين الى ان تم) الالف لان الموصى له شريك الوارث فلو خصصناه بالعين
لبخسنا في حق الورثة لان للعين مزية على الدين اذ العين مال مطلقا والدين مال في المآل لا في الحال
وكان تعديل النظر من الجانبين فيما قلنا (وان اوصى بالثلث من ماله لزيد وعمرو واحدهما ميت
فكله) اى الثلث (للحى) لان الميت ليس باهل الوصية فلا يزاحم الحى الذى هو اهل لها وعن
ابى يوسف انه اذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لانه حينئذ يكون لغوا
فكان راضيا بكل الثلث للحى (وان قال) ثلث مالى (بين زيد وعمرو واحدهما ميت فالنصف)
اى نصف الثلث (للحى) لان مقتضى هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف
ما تقدم (وان اوصى بثلث ماله ولا مال له) عند الوصية (فاكتسب) الموصى مالا بعد الوصية
(فله) اى للموصى له (ثلث ماله عند الموت) لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيشترط
وجود المال عند الموت لا قبله (وان) اوصى (بثلث غنمه ولا غنم له) اصلا (او كان له) غنم
(فهلك قبل موته) اى الموصى (بطلت) الوصية لما مر انها ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه عنده
ولم يوجد وهذه وصية متعلقة بالعين فتبطل بهلاكها عند الموت (وان استفاد) الموصى
غنما ثم مات (صحت وصيته في) القول (الصحيح) لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت
باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل موته فضل اذ المعتبر وجوده عند الموت وانما قال في الصحيح احترازا
عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين (وان
اوصى (بشاة من ماله ولا شاة له فله) اى للموصى له (قيمتها) اى الشاة لانه لما قال من مالى دل
على ان غرضه الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال (وتبطل) الوصية (لو
اوصى (بشاة من غنمه ولا غنم له) لانه لما قال من غنمى دل على ان غرضه عين الشاة حيث جعلها
جزأ من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال ولو اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم له لا تصح
لان المصحح اضافتها الى المال وبدون الاضافة الى المال يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح

لانه لما ذكر الشاة وليس فى ملكه شاة علم ان مراده المالية (وان اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن) اى امهات اولاده (ثلث وللفقراء والمساكين فلهن) اى لامهات اولاده (ثلاثة اخماسه ولكل فريق) من الفقراء والمساكين (خمس) عند الشيخين (وعند محمد) لامهات اولاده (ثلاثة اسباعه) فيقسم على سبعة اسهم للفقراء سهمان وللمساكين سهمان ولامهات اولاده ثلاثة اسهم واصله ان الوصية للفقراء والمساكين تتناول الواحد عنهم عند الشيخين لان اسم الجنس يتناول الواحد ويحتمل الكل قال الله تعالى لايحل لك النساء من بعد وقد تعذر صرفه الى الكل فيتعين الواحد وعند محمد انها تتناول الجمع وادناه اثنان فصاعدا فى الوصايا والوصية لامهات الاولاد جائزة لانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وهن بعد الموت حرائر وانهما جنسان بدليل عطف احدهما على الاخر فى النص ومقتضاه المغايرة فيصير عدد المستحقين خمسة عندهما وعند محمد سبعة كما فى الكافى (وان اوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء فله) اى لزيد (نصفه) اى نصف الثلث (ولهم) اى للفقراء (نصفه وعند محمد له ثلثه ولهم ثلثاه) اى ثلثا الثلث (وان اوصى بمائة لزيد ومائة لعمرو ثم قال لبكر اشركتك معهما فله) اى لبكر (ثلث) ما استقر (لكل) واحد من زيد وعمرو من المائة لان الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى فهم شركاء فى الثلث على المساواة وقد امكن اثبات المساواة بين الكل فى الاول لاستواء المالين فيأخذ كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة ويأخذ كل واحد منهما ثلثى المائة (ولو اوصى بمائة لزيد وبخمسين لعمرو) ثم قال لبكر اشركتك معهما فلبكر (نصف ما لكل منهما) لانه لايمكن المساواة بين الكل هنا لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثلث مع كل منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل من المالين وفى المنح ولو اوصى لرجل بجارية ولاخر بجارية اخرى ثم قال لاخر اشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كانت له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند الامام نصف كل واحدة منهما بناء على ما تقدم من انه لايرى قسمة الرقيق فيكون الجنسان مختلفين وهما يريانها فصار كالدراهم المتساوية انتهى (وان قال لفلان على دين فصدقوه) على صيغة الامر (فانه يصدق الى الثلث) اى اذا ادعى المقر له الدين اكثر من الثلث وكذبه الورثة وهذا استحسان والقياس ان لايصدق لانه امرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعى بلا حجة ولان قوله لفلان على دين اقرار بالمجهول والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا ولكنه لايحكم به الا بالبيان وقد فات وجه الاستحسان انه سلطه على ماله بما اوصى وهو يملك هذا التسليط بمقدار الثلث بان يوصيه له ابتداء فيصح تسليطه ايضا بالاقراره بمجهول والمرء قد يحتاج الى ذلك بان يعرف اصل الحق عليه ولايعرف قدره فيسعى فى فكاك رقبته بهذا الطريق فيجعل وصية فى حق التنفيذ وان كان دينا فى حق المستحق وجعل التقدير فيها الى الموصى له فلهذا يصدق فى الثلث دون الزيادة (فان اوصى مع ذلك الاقرار بالمجهول بوصايا عزل ثلثها) اى لارباب الوصايا (وثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة والدين مجهول فلايزاحم المعلوم (ويقال لكل) من الموصى لهم والورثة (صدقوه) اى فلانا المقر له (فيما شئتم) لان هذا دين فى حق المستحق بالنظر الى اقرار المالك وصية فى حق التنفيذ فينفذ من الثلث فاذا اقر كل فريق بشئ ظهر ان فى التركة دينا شايعا فى النصيبين فيؤمر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيئا (فيؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا به) وما بقى من الثلث لهم (ويؤخذ الورثة بثلثى ما اقروا به) تنفيذ الاقرار كل فريق فى قدر حقه (ويحلف كل) من اصحاب الوصايا والورثة (على العلم بدعوى) المقر له (الزيادة على ما اقروا) ومعنى قوله على العلم اى على عدم العلم بما ادعاه المقر له من الزيادة على اقرارهم وانما كان

تحليفا لانه تحليف على فعل الغير قال الزيلعي هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه فى اكثر من الثلث وهنا لزمهم ان يصدقوه فى اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق فى ايديهم من الثلث شئ فوجب ان لا يلزمهم تصديقه انتهى (وان اوصى بعين لوارثه ولاجنبى فللاجنبى نصفها) اى نصف العين (ولا شئ للوارث) لانه اوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل فى الاخر بخلاف ما لو اوصى لحى وميت حيث يكون الكل للحى لا للميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا (وان اوصى لكل واحد (من ثلاثة اشخاص بثوب وهى) اى الثياب المداول عليها بثوب لكل واحد (متفاوتة) جيد ووسط وردى (فضاع ثوب)من هذه الثياب (ولم يدر ايها) اى الثياب (هو) اى الضايع (و)الحال ان (الورثة تقول لكل) من الثلاثة (هلك حقك بطلت الوصية) لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصى فتبطل الوصية وكذا تبطل الوصية اذا قال الوارث لكل واحد منهم هلك حق احدكم ولا ادرى من هو فلا ادفع الى كل منكم شيئا كذا فى التبيين (فان سلموا) اى الورثة (ما بقى) من الثياب (فلذى الجيد ثلثا جيدهما ولذى الردى ثلثا رديهما ولذى الوسط ثلث كل منهما) اى من الجيد والردى وانما تعين حق صاحب الجيد فى الجيد لانه لا حق له فى الردى بيقين ويحتمل ان يكون حقه فى الجيد بان كان هو الجيد الاصلى ويحتمل ان يكون حقه فى الضايع بان كان هو الاجود فكان تنفيذ وصيته فى محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما تعين حق صاحب الردى لانه لا حق له فى الجيد بيقين ويحتمل ان يكون حقه فى الردى بان كان هذا الردى الاصلى ويحتمل ان يكون حقه فى الضايع بان كان هو الارداء فكان تنفيذ وصيته فى محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما تعين حق الاخر فى ثلث كل واحد من الثوبين لانه لما اخذ صاحب الجيد ثلثى الجيد وصاحب الردى ثلثى الردى ولم يبق الا الثلث كل واحد منهما فقد تعين حقه فى ذلك ضرورة ولانه يحتمل ان يكون حقه فى الجيد بان كان الضايع اجود فيكون هذا وسطا ويحتمل ان يكون فى الردى بان كان الضايع اردى فيكون هذا وسطا فكان هذا تنفيذ وصيته فى محل يحتمل ان يكون حقه كذا فى الهداية (وان اوصى ببيت معين من دار مشتركة) يعنى اذا كانت دار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه من تلك الدار لرجل آخر ثم مات الموصى (قسمت) الدار (فان خرج) ذلك (البيت فى نصيب الموصى فهو) اى البيت (للموصى له) عند الشيخين (وعند محمد له) اى للموصى له (نصفه) اى نصف البيت (والا) اى وان لم يخرج البيت فى نصيب الموصى (فله) اى للموصى له (قدر ذرعه) اى ذرع البيت عند الشيخين (وعند محمد له قدر نصف ذرعه) لانه اوصى بملكه وملك غيره لكون الدار مشتركة فتنفذ وصيته فى ملكه ويتوقف الباقى على اجازة صاحبه فان ملكه لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه فاذا اقتسموها ووقع البيت فى نصيب الموصى تنفذ الوصية فى عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع فى نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها فى البدل عند تعذر تنفيذها فى عين الموصى به ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه على الكمال وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع المشاع قاصر وقد استقر ملكه فى جميع البيت اذا وقع فى نصيبه فتنفذ الوصية فى جميعه ومعنى المبادلة فى القسمة تابع والمقصود تكميل المنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ولا تبطل الوصية اذا وقع البيت كله فى نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت (والاقرار كالوصية) يعنى اذا اقر ببيت معين من دار مشتركة كان مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليمه كله ان وقع البيت فى نصيب

المقر عندهما وان وقع فى نصيب غيره يؤمر بتسليم قدر ذرعه وعند محمد يؤمر بتسليم نصفه ان وقع فى نصيب المقر وقدر نصف ذرعه ان وقع فى نصيب الغير (وقيل لاخلاف فيه) اى فى الاقرار (لمحمد) بل هو موافق للشيخين (وهو) اى عدم الخلاف بين محمد والشيخين (هو المختار) والفرق لمحمد على هذه الرواية ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لاتصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لاتنفذ فيه الوصية (وان اوصى بالف عين من مال غيره فلرب الالف (الاجازة بعد موت الموصى له والمنع) بعد الاجازة لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازة صاحبه فاذا اجاز كان منه ابتداء تبرع فله ان يمنع من التسليم كسائر التبرعات (بخلاف الورثة لو اجازوا مازاد على الثلث) فانه ليس لهم ان يمتنعوا من التسليم بعدها لان الوصية فى نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وانما امتنعت لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصى (وان اقر احد الابنين بعد القسمة بوصية ابيه بالثلث فعليه) اى على المقر (دفع ثلث نصيبه) استحسانا وقال زفر يعطيه نصف مافى يده قياسا لان اقراره بالثلث تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية فى اعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما اذا اقر احدهما باخ ثالث لهما وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع فى كل التركة فكان مقرا له بثلث كل جزء من التركة فيلزمه ثلث ذلك ولايلزمه اكثر من ذلك ولانه لو اخذ نصف مافى يده زاد حقه على الثلث لانه ربما يقر الابن الاخر به ايضا فيأخذ نصف ما فى يده فيصير نصف التركة وهذا بخلاف مالو اقر احدهما بدين لغيره فانه يعطيه كل ما فى يده اذا كان الدين مستغرقا لما فى يده لان الدين مقدم على الميراث فقد اقر ان رب الدين احق منه بما فى يده واما الموصى له فهو شريك الوارث فصار مقرا بانه شريكه وشريك اخيه فى الثلث فلم يسلم له شئ الا ان يسلم للوارث مثليه وفى العمادية ادعى رجل دينا على ميت فاقر احد ابنيه قال الفقيه ابو الليث الاختيار عندى ان يؤخذ منه مايخصه من الدين وهو قول الشعبى والبصرى وابن ابى ليلى وسفيان الثورى وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول ابعد من الضرر وقال بعض المشايخ يؤخذ من حصة المقر جميع الدين وبه يفتى اليوم لكن قال مشايخنا هنا زيادة شئ لايشترط فى الكتب وهو ان يقضى القاضى عليه باقراره اذ بمجرد اقراره لايحل الدين فى نصيبه بل يحل بقضاء القاضى عليه ونظير تلك المسئلة ذكرت فى الزيادات وهى ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو ورجل ان الدين كان على الميت فانها تقبل وتسمع شهادة المقر فلو كان الدين يحل نصيبه بمجرد اقراره لزم ان لاتقبل شهادته لما فيه من المغرم قال صاحب الزيادات وينبغى ان تحفظ هذه الزيادة فان فيها فائدة عظيمة انتهى (وان اوصى بامة فولدت بعد موته) اى الموصى (فهما) اى الامة وولدها (للموصى له ان خرجا من الثلث) لان الام دخلت فى الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت ولدا قبل القسمة والتركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت قبلهما حتى تقضى ديونه وتنفذ منها وصاياه دخل الولد فى الوصية فيكونان للموصى له (والا) اى وان لم يخرجا من الثلث (اخذ الموصى له الثلث منها) اى من الام (ثم) اخذ (منه) اى من الولد فيأخذ الموصى له مايخص الثلث من الام اولا فان فضل شئ يأخذه من الولد عند الامام (وعندهما يأخذ منهما) اى من الام والولد (على السواء) لان الولد دخل فى الوصية تبعا حال اتصاله بها فلايخرج عن الوصية بالانفصال فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم فى الاخذ من الام وله ان الام اصل والولد تبع والتبع لايزاحم الاصل ولا يجوز نقض الاصل بالتبع وفى جعل الولد شريكا معهما نقض الوصية بالام فلايجوز بخلاف البيع والعتق لان تنفيذ البيع والعتق فى الولد لاينقض شيئا فى الاصل بل يبقى تاما صحيحا الا انه يحط بعض الثمن عن الاصل ضرورة مقابلته بالولد

اذا اتصل به القبض وذلك جائز لا بأس به لان الثمن تبع حتى لا يشترط وجوده عند البيع وينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له فان ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له لان التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وان ولدت قبل موت الموصى لم تدخل تحت الوصية وبقى على حكم الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا كذا في الكافي

﴿ باب العتق في المرض ﴾

الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مفروضة افراده بباب على حدة واخره عن صريح الوصية لانه الاصل (العبرة لحال التصرف في التصرف المنجز) وهو الذي اوجب حكمه في الحال كانت حرا ووهبتك (فان) كان التصرف المنجز (في الصحة فمن كل المال وان كان في مرض الموت فمن ثلثه) اى ثلث المال والمراد بالتصرف الذي هو انشاء ويكون فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين في المرض ينفذ من كل المال والنكاح في المرض يكون المهر فيه من كل المال (و) التصرف (المضاف الى الموت) وهو ما اوجب حكمه بعد موته كانت حر بعد موتى اوهذا لزيد بعد موتى (يعتبر من الثلث وان) كان هذا التصرف (في الصحة) فالمعتبر حالة العقد بل حالة الموت (ومرض صح) صفته (منه) اى من المرض (كالصحة) فقوله مرض مبتدأ خبره قوله كالصحة وانما كان كالصحة لان حق الغرماء والورثة لا يتعلق بماله الا في مرض موته وبالبرء منه تبين انه ليس بمرض موت فلا يكون لاحد حق في ماله فله التصرف فيه كما شاء (فالتحرير في مرض الموت والمحاباة) وهى ان يبيع عبدا قيمته مائتان بمائة مثلا (والكفالة والهبة وصية) اى كالوصية ووجه الشبه قوله (في اعتباره من الثلث) اى حكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى يعتبر من الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا في الضرب لا انها وصية حقيقة لان الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة في الحال (فان اعتق وحابى وضاق الثلث عنهما) اى عن العتق والمحاباة (فالمحاباة اولى) اى تقدم على العتق هذا (ان قدمت) المحاباة على العتق (وهما) اى العتق والمحاباة (سواء ان اخرت) المحاباة بان اعتق عبدا قيمته مائة ثم باع عبدا قيمته مائتان بمائة ولا مال له سواهما يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين فيعتق نصف العبد ويسعى في نصف قيمته وصاحب المحاباة يأخذ العبد الاخر بمائة وخمسين وهذا عند الامام وقالا هما سواء في المسئلتين له ان المحاباة اقوى لانه في ضمن عقد المعاوضة لكن ان وجد العتق اولا وهو لا يحتمل الرفع يزاحم المحاباة وهما يقولان ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا اعتبار للتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق (وان اعتق بين محاباتين) بان حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث (فنصف) الثلث (الاولى) اى للمحاباة الاولى (ونصف) الثلث (بين العتق و) المحاباة (الاخيرة) لان العتق مقدم على الاخيرة فيستويان وفي الهداية اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان قال في العناية فيه بحث وهو ان المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب الامام والجواب ان شرط الانتاج ان تلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك كما عرف في موضعه انتهى لكن يرد عليه ان المساوى للشئ مساو لذلك الشئ فيعود المحذور اللهم الا ان يقال ان مساواة المحاباة الاولى للثانية من جهة

ومساواة الثانية للعتق المقدم من جهة اخرى وحيث انفكت الجهة اندفع المحذور وان حابى بين عتقين بان اعتق ثم حابى ثم اعتق فنصف الثلث للمحاباة ونصف الثلث للعتقين بان يقسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه و بين العتق الثاني هذا عند الامام وعندهما العتق اولى في الجميع لانه لا يلحقه الفسخ بوجه من الوجوه بخلاف المحاباة فانه يلحقها الفسخ وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم بطلت الوصية عند الامام وعندهما يعتق عنه عبد بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن قياسا على الوصية بالحج ولو كان مكان العتق حج حج بما بقي اجماعا وله ان وصيته بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقي قال الزيلعي قيل هذه المسئلة مبنية على اصل اخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا البناء صحيح لان الاصل ثابت معروف ولا سبيل الى انكاره (وتبطل الوصية بعتق عبده لو جنى بعد موت سيده فدفع بها) اى بالجناية لان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصي وملك الموصي باق الى ان يدفع و بالدفع يزول ملكه فاذا خرج عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الوصي او وارثه بعد موته بالدين (وان فدى) اى العبد بان اعطى الورثة الفداء لولي الجناية بمقابلة العبد (فلا) تبطل الوصية لانهم كانوا متبرعين بالفداء وانما جازت الوصية حينئذ لان العبد برئ عن الجناية فصار كأنه لم يجن (ولو اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه في الصحة) اى صحة الموصي (و) ادعى (الوارث عتقه في المرض فالقول للوارث) مع اليمين وصورة المسئلة اذا اوصى بثلث ماله لزيد وله عبد فاقر الموصى له والوارث ان الموصي اعتق هذا العبد لكن قال الموصى له اعتقه في الصحة لئلا تكون وصية تنفذ من الثلث وقال الوارث اعتقه في المرض ليكون وصية فالقول قول الوارث مع يمينه (ولا شئ لزيد الا ان يفضل الثلث عن قيمته) اى العبد او يبرهن زيد على دعواه وهو عتقه في الصحة فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد فلا يثبت الاستحقاق لزيد بلا برهان فان لم يبرهن حلف الوارث انه لم يعلم ان مورثه اعتقه في الصحة وانما كان القول للوارث لان العتق من الحوادث فيحكم بحدوثه من اقرب الاوقات للتيقن بها واقرب الاوقات هنا وقت المرض وكان الظاهر شاهدا للوارث فكان القول قوله مع اليمين الا ان يفضل من الثلث شئ على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او تقوم البينة ان العتق في الصحة اذ الثابت بالبينة بمنزلة الثابت بالمعاينة نعم البينة انما تقبل من خصم والعتق حق العبد عنده ولكنه اى الموصى له بالثلث خصم في اقامتها لاثبات حقه (ولو ادعى رجل على الميت دينا و) ادعى (العبد اعتاقه في صحته وصدقهما الوارث سعى العبد في قيمته وتدفع الى الغريم) عند الامام (وعندهما لا يسعى) لهما ان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا لتصديق الوارث في كلام واحد فكانهما وقعا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه في المرض يعتبر من كل المال والاقرار بالعتق يعتبر من الثلث فيجب ان يبطل العتق لكنه لا يحتمل البطلان فيبطل معنى بايجاب السعاية عليه ولان اسناد العتق الى الصحة انما يصح اذا لم يوجد شغل الدين وقد وجد الدين هنا فمنع الاسناد فوجب رده بالدين ورده بالسعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ابنا والف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال رجل هذا الالف الذي تركه ابوك كان وديعة لي عند ابيك وقال الابن صدقتما فعنده الالف بينهما نصفان لانه لم تظهر الوديعة الا والدين ظاهر

معها فيتحاصان كما اذا اقر بالوديعة ثم بالدين وقالا الوديعة احق لانها ثبتت في عين الالف والدين يثبت في الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت اسبق وصاحبها احق كما لو كان المورث حيا وقال صدقهما وذكر في الهداية فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء والاصح ما ذكرنا اولا وبه ينطق شروح الجامع الصغير وشروح المنظومة كذا في الكافي (وان اجتمعت وصايا وضاق الثلث عنها قدمت الفرائض) كالحج والزكوة والكفارات (وان اخرها) اى الموصى الفرائض (في الذكر) لان الفرض اهم من النفل (فان تساوت الوصايا في الفرضية او غيرها) بان كان جميعا نفلا (قدم ماقدمه الموصى) لان الظاهر من حال الموصى ان يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص (وقيل) ان تساوت في الفرضية (تقدم الزكوة على الحج) وهو ما ذكره الطحاوى (وقيل بالعكس) قال في الكافي واختلفت الروايات عن ابي يوسف في الحج والزكوة وقال في احدى الروايتين يبدأ بالحج وان اخره لان الحج يتأدى بالبدن والمال والزكوة بالمال فحسب فكان الحج اقوى فيبدأ به وروى عنه انه تقدم عليه الزكوة بكل حال لان حق الفقير ثابت والحج محض حق الله تعالى فكانت الزكوة اقوى (ويقدم الحج والزكوة على الكفارات في القتل والظهار واليمين) لرجحانهما عليها فقد جاء فيهما الوعيد ما لم يأت في كفارة قال الله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين وقال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم وغير ذلك من الآيات والاحاديث الواردة فيهما (و) تقدم (الكفارات على صدقة الفطر) لورود القرآن بوجوبها بخلاف صدقة الفطر (و) تقدم (صدقة الفطر على الاضحية) للاتفاق في وجوبها والاختلاف في وجوب التضحية وما هو متفق على وجوبه اولى بالتقديم وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض كالنذر يقدم على الاضحية لان النذر ثابت بالكتاب دونها (وان اوصى بحجة الاسلام احجوا) اى الورثة (عنه) اى عن الموصى (رجلا من بلده) الذي يحج ذلك الرجل عنه حال كونه (راكبا) لان الواجب عليه ان يحج من بلده فيجب الاحجاج عنه كما وجب لان الوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما شرط ان يكون راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فوجب الاحجاج عنه على الوجه الذي لزمه (ان وفت النفقة) للاحجاج من بلده راكبا (والا) اى وان لم تف النفقة (فمن حيث تفي) النفقة وفي القياس لا يحج عنه لانه اوصى بالحج بصفة وقد عدمت وجه الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فننفذ ما امكن (وان خرج حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه حج من بلده عنه) عند الامام وزفر لان عمله قد انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام اذا مات ابن آدم انقطع عنه عمله الا من ثلاث والخروج الى الحج ليس من الثلاثة فظهر بموته ان سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان في هذا المعنى كخروجه للتجارة اذا مات يحج عنه من بلده فكذا هنا (وعندهما من حيث مات استحسانا) لان السفر بنية الحج وقع قربة وقد وقع اجره على الله لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله ولم ينقطع بموته فيكتب له حج مبرور فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده (وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق) فيحج عنه ثانيا من وطنه عند الامام وعندهما من حيث مات

﴿باب الوصية للاقارب وغيرهم﴾

انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان المذكور في هذا الباب احكام الوصية لقوم مخصوصين والمذكور فيما تقدم احكامها على العموم والخصوص ابدا تابع للعموم (جار الانسان ملاصقه) قدم الوصية للجار على الوصية للاقارب تبعا لما في الهداية وكان حق الكلام ان يقدم الوصية للاقارب على الوصية للجار نظرا الى ترجمة الباب واجاب عنه في العناية بان الواو لا تدل على الترتيب

وان التقديم في الذكر اهتماما بامر الجار ثم ان حمل الجار على الملاصق هو مذهب الامام وهو القياس
وقد حمل عليه قوله عليه الصلاة والسلام الجار احق بصقبه ومعنى الحديث ان الجار احق
بالشفعة اذا كان ملاصقا (وعندهما) جار الانسان (من يسكن محلته ويجمعهم مسجدها)
اى مسجد المحلة لان الكل يسمى جيرانا عرفا قال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد
الا في المسجد وفسر بكل من سمع النداء ولان المقصود البر وبر الجار لا يختص بالملاصق بل بر المقابل
مقصود كبر الملاصق غير انه لا بد من نوع اختلاط فاذا جمعهم مسجد واحد فقد وجد الاختلاط
واذا اختلفا في المسجد زال الاختلاط وقال الشافعي الجوار الى اربعين دارا قلنا هذا الخبر
ضعيف فقد طعنوا في رواته (ويستوى فيه) اى لفظ الجار (الساكن والمالك والذكر والانثى
والمسلم والذمى) والصغير والكبير كذلك وانما دخل المذكورون في لفظ الجار لصدقه عليهم لغة
وشرعا ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا الاسم يتناوله ولا يدخل عندهما لان
الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب فانه لا يملك ما في يد العبد الا بتمليكه الا يرى
انه يجوز له اخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وام الولد والارملة تدخل لان سكناها
مضافة اليها ولا تدخل التي لها بعل لان سكناها غير مضافة اليها وانما هي تبع فلم تكن جارا مطلقا
(وصهره من هو ذو رحم محرم من امرأته) لانه عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية اعتق
كل من ملك من ذى رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله تعالى عليه
وسلم وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد رحمهما الله تعالى وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة
ولم يقيد بالمحرم وفي الكافي وانما يدخل في الوصية من كان صهرا للموصى يوم موته بان كانت المرأة
منكوحة له عند الموت او معتدة عنه بطلاق رجعي لان المعتبر حالة الموت حتى او مات الموصى
والمرأة في نكاحه او عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية لان الطلاق الرجعي لا يقطع
النكاح وان كانت في عدة من طلاق بائن او ثلاث لا يستحقها لان انقطاع النكاح يوجب انقطاع
الصهرية انتهى (وختنه من هو زوج ذات رحم محرم منه) كازواج البنات والاخوات والعمات
والخالات لان الكل يسمى ختنا وكذا كل ذى رحم محرم من ازواجهن عند محمد لانهم يسمون
اختانا وقيل هذا في عرفهم واما في عرفنا فلا يتناول الا ازواج المحارم (ويستوى في ذلك) اى
في الصهر والختن (الحر والعبد والاقرب والابعد) لان اللفظ يتناولهم جميعا (واقاربه
واقرباؤه وذو قرابته وارحامه وذوو ارحامه وانسابه الاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه)
يعنى اذا اوصى الى اقاربه او اقربائه او ذوى قرابته او ارحامه او ذوى ارحامه او انسابه تكون الوصية
للاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه (ولا يدخل فيه) اى في كل واحد من هذه الالفاظ
(الوالدان والولد) ولا الوارث ويكون للاثنين فصاعدا هذا عند الامام ويستوى فيه الصغير
والكبير والحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر (وفي الجد روايتان) وكذا في ولد
الولد وفي ظاهر الرواية عن الامام انهم يدخلون وفي رواية عن الشيخين انهم لا يدخلون (وان لم يكن
له ذو رحم محرم منه بطلت) الوصية عند الامام لانه تبين ان الوصية منه لمعدوم فكانت باطلة
(وتكون) اى الوصية (للاثنين فصاعدا) لانها اخت الميراث والجمع في المواريث اثنان فصاعدا
فكذا في الوصية (وعندهما) يدخل في الوصية (من ينسب اليه) اى الى الموصى من قبل الاب
او الام (الى اقصى اب له في الاسلام بان اسلم او ادرك الاسلام وان لم يسلم) قيل يشترط اسلام الاب
الاقصى وقيل لا يشترط ولكن يشترط ادراك الاسلام حتى لو اوصى علوى لذوى قرابته فمن
شرط الاسلام يصرف الوصية الى اولاد على رضى الله تعالى عنه لا الى اولاد ابي طالب ومن لم يشترط
يصرفها الى اولاد ابي طالب فيدخل فيها اولاد عقيل وجعفر ولا يدخل اولاد عبد المطلب

بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام (فمن له عمان وخالان الوصية لعميه) يعني اذا اوصى الى اقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند الامام رحمه الله لانه يعتبر الاقرب فالاقرب كما في الارث (وعندهما للكل على السواء) فتقسم بينهم ارباعا لان اسم الاقرب يتناولهم ولا يعتبر ان الاقرب (ومن له عم وخالان نصف الوصية لعمه ونصفها بين خاليه) لانه لابد من اعتبار معنى الجمع واقله في الوصية والارث اثنان فيكون للواحد النصف وبقي النصف الآخر ولا مستحق له اقرب من الخالين فكان لهما (وان كان له عم واحد فقط فنصفها) اي الوصية (له) اي للعم لانه لابد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الآخر من الثلث الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وادناه اثنان في الوصية فلهذا يعطى له النصف والنصف الآخر للورثة (وان كان له عم وعمة وخال وخالة فالوصية للعم والعمة على السواء) لاستواء قرابتهما وقرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤلة والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا (وعندهما الوصية للكل على السوية في جميع ذلك) لما عرف من مذهبهما انهما لا يشترطان الاقرب فالاقرب كما اشترطه الامام (واهل الرجل زوجته) عند الامام يعني اذا اوصى لاهل رجل فهي لزوجته (وعندهما) اهل الرجل (من يعولهم وتضمهم نفقته) يعني عندهما اهل الرجل من كانوا في عياله وتلزمه نفقتهم اعتبارا للعرف المؤيد بالنص وهو قوله تعالى وأتوني باهلكم اجمعين وقال تعالى فنجيناه واهله الا امرأته والمراد من كان في عياله والامام قوله تعالى وسار باهله اي زوجته بنت شعيب عليه الصلاة والسلام ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا اي تزوج والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة كما في الهداية (وآله اهل بيته) يعني اذا اوصى لآل فلان فهي لاهل بيته فيدخل فيه كل من ينسب اليه من آبائه الى اقصى اب له في الاسلام ولا يدخل فيه اولاد البنات ولا اولاد الاخوات ولا احد من قرابة امه لانهم لا ينسبون اليه وانما ينسبون الى آبائهم (وابوه وجده من اهل بيته) لان الاب والجد يعدان من اهل البيت (واهل نسبه من ينسب اليه من جهة الاب) لان النسب انما يكون من جهة الآباء (وجنسه اهل بيت ابيه) دون امه لان الانسان يتجنس بابيه فصار كآله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه من كان من جهة الام ايضا لان الكل يسمون قرابة (والوصية) مبتدأ (لبني فلان وهو اب صلب) جملة وهو اب صلب حال من المضاف اليه (للذكور خاصة) خبره فلا يدخل فيه الاناث لان حقيقة هذا اللفظ انما هو للذكور وهذا رواية عن الامام (وعندهما وهو رواية اخرى) عن الامام (يدخل فيه الاناث ايضا) اي كالذكور ودخول الاناث في بني فلان اما تغليب او مجاز بارادة الفروع (و) الوصية (لورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاسم مشتق من الوراثة فاذن بان قصده التفضيل وهي في اولاد المورث للذكر مثل حظ الانثيين فكانت الوصية كالميراث من حيث ان التنصيص على الاسم المشتق يدل على ان الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق (ولو) اوصى (لولد فلان للذكر والانثى على السواء) لان الولد ينتظم الكل (ولا يدخل اولاد الابن عند وجود اولاد الصلب) لان الولد حقيقة يتناول ولد الصلب وتدخل فيه الاناث حتى اذا كان له بنات صلبية وبنو ابن فالوصية للبنات عملا بالحقيقة ما امكن العمل بها (ويدخلون) اي اولاد ابن (عند عدمهم) اي اولاد الصلب لانه لما تعذر العمل بالحقيقة صير الى المجاز بخلاف المسألة الاولى (دون اولاد البنت) وانما لا يدخلون مطلقا لان اولاد البنات انما ينسبون الى ابيهم كما قال الشاعر ❊ بنونا بنوا ابنائنا وبناتنا ❊ بنوهن ابناء الرجال الاباعد (وان اوصى لبني فلان وهو) اي فلان (ابو قبيلة) كبني تميم مثلا (لا يحصون) كثرة (فهي) اي الوصية (باطلة) لانه لا يمكن تصحيحه في حق الكل لعدم احصائهم فتبطل الوصية لتعذر الصرف (وان) اوصى (لايتامهم او عميانهم

اوزمنائهم اوارامليهم فلاغنى والفقير منهم والذكر والانثى ان كانوا) اى الموصى لهم (يحصون)
لان الوصية تمليك وامكن تحقيق معنى التمليك فى حقهم ثم قيل حد الاحصاء عند ابى يوسف ان
لايحتاج من يعدهم الى حساب ولاكتاب فان احتيج الى ذلك فهم لايحصون وهذا ايسر و قال
بعضهم هو مفوض الى رأى القاضى كذا فى شرح الهداية (وللفقراء منهم خاصة ان كانوا
لايحصون) لان المقصود من الوصية القربة وهذه الاسامى اعنى الايتام ومابعده تشعر بتحقق
الحاجة فيحمل على الفقراء (و) ان اوصى (لمواليه فهى) اى الوصية (لمن اعتقهم فى الصحة
اوالمرض ولاولادهم) اى اولاد المعتقين من الرجال والنساء واعتاقه قبل الوصية و بعدها سواء
ولايدخل فيه المدبرون وامهات الاولاد وعن ابى يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم
فى حقهم بحيث لايلحقه الفسخ فنسبوا الى الولاء كالمعتقين (ولايدخل) فيها (مولى الموالاة) لان ولاء
العتاقة بالعتق وولاء الموالاة بالعقد فهما معنيان متغايران فلاينتظمهما لفظ واحد بخلاف اولاد
المعتقين لانهم ينسبون الى المعتق بواسطة آبائهم بولاء واحد (ولا) يدخل فيها (موالى الموالى
الاعند عدمهم) اى الموالى لانهم ليسوا موالى الموصى حقيقة فهم بمنزلة ولد الولد مع ولد الصلب
فلايتناولهم الاسم الاعند عدم المولى حقيقة كما مر فى ولد الولد مع وجود الولد اوعدمه (وتبطل)
الوصية (ان كان له) اى للموصى (معتقون) بكسر التاء (ومعتقون) بفتح التاء يعنى اذا اوصى
لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة لان اللفظ مشترك ولاعموم له ولاقرينة تدل
على احدهما ولافرق فى ذلك عند عامة اصحابنا بين النفى والاثبات واختار شمس الائمة وصاحب
الهداية انه يعم اذا وقع فى حيز النفى كما لو حلف لايكلم موالى فلان حيث يتناول الجميع والجواب
عنه على قول عامة الاصحاب كما فى العناية ان ترك الكلام مع الموالى مطلقا ليس لوقوعه فى النفى
بل لان الحامل على اليمين بغضه لهم وهو غير مختلف وقد قرره فى التقرير بما لامزيد عليه فان
قيل سلمنا ان لفظ الموالى مشترك وحكمه التوقف فكيف حكم ببطلانها قلنا ان ذلك فيما اذا مات
الموصى قبل البيان والتوقف فى مثله لايفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهى ان شكر
المنعم واجب فتصرف الى الموالى الذين اعتقوه واما فضل الانعام فى حق الذين اعتقهم هو
فمندوب اليه والصرف الى الواجب اولى من الصرف الى المندوب كما هو المروى عن ابى يوسف
بهذا المعنى قلنا اجيب بانها معارضة بجهة اخرى وهى جريان العرف بالوصية للفقراء والغالب
فى المعتقين بفتح التاء ان يكونوا فقراء وفى المعتقين بكسرها الغالب ان يكونوا اغنياء والمعروف
عرفا كالمشروط شرعا كما هو المروى عن ابى يوسف بهذا المعنى (واقل الجمع اثنان فى الوصايا
كالمواريث) لما بينا ان الوصايا اخت المواريث وقد ورد النص فى القرآن باطلاق الجمع على
الاثنين فى المواريث فقلنا فى الوصايا ان اقل الجمع فيها اثنان ايضا حملا على ما ورد به النص
فى المواريث

﴿باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة﴾

لما فرغ من ذكر احكام
الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع فى بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب من جهة ان المنافع
بعد وجود الاعيان ليوافق الوضع الطبع (وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره وبغلتهما)
اى العبد والدار (مدة معينة) كسنة اوسنتين مثلا (وابدا) لان المنفعة تحتمل التمليك ببدل وغير
بدل فى حال الحيوة فتحتمل التمليك بعد الممات كالاعيان دفعا للحاجة وهذا لان الموصى يبقى العين
على ملكه حتى يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته وانما تحدث المنفعة على ملكه كما يستوفى
الموقوف عليه المنفعة على حكم ملك الوقف ويجوز موقتا ومؤبدا كالعارية وهذا بخلاف
الميراث فالارث لايجرى فى الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام المورث
فيما كان ملكا للمورث وهذا انما يتصور فيما يبقى وقتين والمنفعة لاتبقى وقتين فاما الوصية فايجاب

ملك بالعقد كالاجارة والاعارة وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها (فان خرج ذلك) المذكور من رقبة العبد والدار (من الثلث سلم الى الموصى له) بخدمته وسكناه فيها لان حق الموصى له فى الثلث لايزاحمه الورثة (والا) اى وان لم تخرج من الثلث (قسمت الدار) عينها اثلاثا (وتهايئا فى العبد يومين لهم ويوما له) لان حق الموصى له فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه مما لايحتمل القسمة فصرنا الى المهايأة هذا اذا كانت الوصية غير موقتة وان كانت موقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يمضى ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة لان الموصى له استوفى حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ان تمضى تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم او مات الموصى بعد مضى بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لاتخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع بها لامكان قسمة عين الدار اجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاولى اولى لكونه اعدل (فاذا مات الموصى له ردت) اى الوصية من العبد او الدار الى ورثة الموصى لانه اوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك الموصى بغير رضاه وذلك غير جائز (وان مات الموصى له فى حيوة الموصى بطلت) الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وملك الموصى ثابت فى الحال فلا يتصور تملك الموصى له بعد موته (ومن اوصى له بغلة الدار او العبد لايجوز له السكنى والاستخدام فى الاصح) لانه اوصى له بالغلة وهى الدراهم او الدنانير وهذا استيفاء المنفعة نفسها ولا شك انهما متغايران ويتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة باسترداد ها منه بعد استغلالها بخلاف ما اذا استوفى المنافع نفسها وقوله فى الاصح احتراز عما قال بعضهم بجواز السكنى والاستخدام لان المقصود هو المنفعة وهى حاصلة بهذين الطريقين (ولايجوز لمن اوصى له بالخدمة) فى العبد والسكنى فى الدار (ان يوجر) العبد والدار وقال الشافعى له ذلك لان تمليك المنفعة بعقد مضاف الى ما بعد الموت كتمليك المنفعة فى حال الحيوة ولو تملك المنفعة بالاستيجار فى حال الحيوة تملك الاجارة وكذا اذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنافع كالاعيان عنده لما مر بخلاف المستعير فانه لايملك المنفعة لانها اباحة الانتفاع عنده ولهذا لايتعلق بالاعارة اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم ولنا ان الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها من غيره بعوض كالمستعير فانه لايملك الاجارة وذلك لان المستعير مالك للمنفعة اذ التمليك فى حال الحيوة اقرب الى الجواز بعد الممات واذا احتملت المنفعة التمليك بعد الموت بغير عوض فلان تحتمل ذلك فى حال الحيوة اولى (وان اوصى له بثمرة بستانه فمات) الموصى (وفيه) اى فى البستان (ثمرة فله) اى للموصى له (هذه) اى الثمرة الموجودة فقط لاما يحدث بعدها (وان زاد ابدا) اى زاد فى تلك الوصية لفظ ابدا (فله) اى للموصى له (هى) اى الثمرة الموجودة (وما يستقبل) عطف على الضمير اعنى قوله هى اى يستحق الثمرة الموجودة وما يحدث من الثمرة فى المستقبل عملا بالتأبيد فى لفظ الموصى (وان اوصى بغلة بستانه فله الموجود وما يستقبل) وحاصله انه اذا اوصى له بالغلة استحقها دائما وبالثمرة لايستحق الا القائمة الا اذا زاد لفظ ابدا فيصير كالغلة فيستحقها دائما والفرق بينهما ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول ما سيحدث بعد الا بلفظ يدل على ذلك كابدا ونحوه واما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض ان يوجد مرة بعد اخرى كما يقال فى العرف فلان يأكل من غلة بستانه او ارضه او داره فيصدق على ما ينتفع به فى الحال او فى الاستقبال

(وان اوصى له بصوف غنمه اولبنها) اى الغنم (او اولادها فله ما يوجد من ذلك عند موته فقط) سواء (قال ابدا اولم يقل) اى للموصى له مايوجد من ذلك الموصى به مافى بطونها من الاولاد ومافى ضروعها من الالبان وماعلى ظهورها من الصوف يوم مات الموصى سواء قال ابدا اولم يقل لانها ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ والفرق بينها وبين ماتقدم ان الصوف والولد واللبن الموجودات يصح استحقاقها بالعقود فانها تملك تبعا بكل عقد فكذا بالوصية فاما المعدوم منها فلم يشرع استحقاقها بشئ من العقود فلم يصح استحقاقها بعقد الوصية فاما الثمرة اوالغلة المعدومة فيصح استحقاقها بعقد المزارعة والمعاملة فلان تستحق بالوصية اولى

﴿باب وصية الذمى﴾

انما ذكر وصية الذمى عقيب وصية المسلم لما ان اهل الذمة ملحقون بالمسلمين فى المعاملات (واوجعل ذمى داره بيعة اوكنيسة فى صحته ثم مات فهى ميراث) اما عند الامام فلانها بمنزلة الوقف ووقف المسلم يورث عنه فهذا اولى وانما قلنا يورث عنه لانه غيرلازم عنده واما عندهما فالوصية باطلة لان هذا معصية حقيقة وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان فى تنفيذها تقرير المعصية (ولو اوصى به) اى بجعل داره بيعة اوكنيسة (لقوم مسمين جاز) اى الايصاء (من الثلث) اتفاقا لان فى الوصية معنى التمليك ومعنى الاستخلاف وللموصى ولاية كليهما (وكذا) يجوز (فى غيرالمسمين) بان اوصى لقوم غيرمخصوصين هذا عندالامام (خلافا لهما) فانهما قالا انها باطلة الا ان يوصى لقوم باعيانهم والحاصل ان وصايا الذمى على اربعة اوجه احدها ان يوصى بما هومعصية عندنا وعندهم كالوصية للمغنيات والنائحات فهذا لايصح اجماعا الا ان يكون لقوم باعيانهم فتصح تمليكا من الثلث فان كانوا لايحصون لاتصح تمليكا لان التمليك من المجهول لايصح ولايمكن تصحيحها قربة لانها معصية عند الكل وثانيها ان يوصى بما هومعصية عندهم قربة عندنا كالو اوصى ان يجعل داره مسجدا اويسرج فى المساجد او اوصى بالحج فهى باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم لا انا نعاملهم بديانتهم وثالثها ان يوصى بما هوقربة عندنا وعندهم كالو اوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين اولعتق الرقاب اويسرج فى بيت المقدس فهى صحيحة اجماعا لاتفاق الكل على كون ذلك قربة ورابعها ان يوصى بما هو قربة عندهم معصية عندنا كالو اوصى ان تجعل داره بيعة او كنيسة او بيت نار يسرج فيه اوتذبح الخنازير وتطعم المشركون فهى صحيحة ايضا عند الامام سمى قوما اولم يسم وقالا هى باطلة الا ان يسمى قوما باعيانهم لهما ان هذه وصية بمعصية وفى تنفيذها تقرير المعصية والسبيل فى المعاصى ردها لا قبولها فوجب القول بالبطلان وله ان المعتبر ديانتهم فى حقهم لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون وهى قربة عندهم فتصح الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة عندنا معصية عندهم لاتجوز الوصية اعتبارا لديانتهم فكذا عكسه (وتصح وصية مستأمن لاوارث له فى دارنا بكل ماله لمسلم اوذمى) لان القصر على الثلث شرعا لحق الورثة حتى تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعى لانهم فى دار الحرب وهم اموات والحجر بناء على حق معصوم لايصلح دليلا على الحجر لحق غير معصوم اذ حقوق اهل الحرب غير معصومة حتى لو كانت ورثته فى دار الاسلام بامان او بذمة يتقدر بقدر الثلث لحرمتهم (وان اوصى) اى المستأمن (ببعضه) اى ببعض ماله ثم مات (رد الباقى) من ماله (الى ورثته) الذين فى دار الحرب لان الرد الى ورثته من حق المستأمن ايضا لارعاية لحق الورثة حتى يرد ان يقال كيف يرد الباقى الى ورثته الذين فى دار الحرب وقد قلتم بانه ليس لورثته حق مرعى (وتصح الوصية له) اى للمستأمن (مادام فى دارنا) سواء كانت الوصية (من مسلم اوذمى) لانه مادام فى دارنا فله حكم اهل الذمة فى المعاملات حتى يصح منه عقود التمليكات فى حال حيوته ويصح تبرعه فى حيوته فكذا

بعد مماته وعن الشيخين انه لايجوز لانه من اهل الحرب لانه يقصد الرجوع ويمكن منه بخلاف الذمى (وصاحب الهوى) وهو الذى يتبع هوى نفسه ميلا للبدعة (ان لم يكفر بهواه) اى يحكم بكفره بما ارتكبه من الهوى (فهو كالمسلم فى الوصية) لانا امرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام (والا) اى وان لم يكن كذلك بل حكم بكفره بما ارتكبه من الهوى (فكالمرتد) فيكون على خلاف المعروف بين الامام وصاحبيه فى تصرفاته قال فى الكافى ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع كالذمية لانها تبقى على الردة ولاتقتل عندنا انتهى وفى المنح والمرتدة فى الوصية كذمية فتصح وصاياها قال فى الهداية وهو الاصح لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال فى النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح فلا تصح منها وصية قلت والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هنالك وهو الصحيح وقال هنا الاصح وهما يصدقان كذا فى العناية والفرق بينهما وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والاشبه ان تكون كالذمية فتجوز وصيتها لانها لاتقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية وذكر العتابى فى الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية او اليهودية او المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه هذا عندهما واما عند الامام فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لاتقتل عندنا انتهى فظهر بما ذكرناه عن المنح ان دعوى الاجماع على كون وصيتها نافذة محل نظر فليتأمل (ووصية الذمى تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه) لالتزام اهل الذمة احكام المسلمين فيما يرجع الى المعاملات فيجرى عليهم احكامنا كما فى وصية المسلم (وتجوز) وصيته (لذمى من غير ملته) كوصية نصرانى ليهودى وبالعكس لان الكفر ملة واحدة (لا) تجوز وصيته (الحربى فى دار الحرب) لان اختلاف الدارين يمنع الارث فكذا الوصية لانها اخت الميراث كما تقدم

﴿ باب الوصى ﴾

لما فرغ من بيان الموصى له شرع فى بيان احكام الموصى اليه وهو الوصى لان كتاب الوصايا ينتظمه ايضا وانما قدم احكام الموصى له لكثرتها وكون الحاجة الى معرفتها امس (ومن اوصى الى رجل فقبل فى وجهه ورد) الوصية (فى غيبته لايرتد) لان الموصى مات معتمدا عليه فلو صح رده فى غير وجهه سواء كان فى حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فلا اعتبار لرده فى غيبته ويبقى وصيا كما كان فان قيل ما الفرق بين الموصى له والموصى اليه فى ان رد الموصى له بعد قبوله وبعد موت الموصى يعتبر دون رد الموصى اليه قلنا ان نفع الوصية للموصى له نفسه بخلاف الموصى اليه فان نفع الوصية راجع الى الموصى وكان فى رده بغير اضرار عليه وهو لايجوز فلهذا قلنا لايعتبر رده دفعا للضرر عن الموصى (وان رد فى وجهه) اى وجه الموصى يرتد لانه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولاغرور فيه فتوقف على قبوله (فان لم يقبل الموصى اليه (ولم يرد) بل سكت (حتى مات الموصى فهو) اى الموصى له (مخير بين القبول وعدمه) لانه ليس للموصى ولاية الالزام فبقى مخيرا (وان باع) الموصى (شيئا من التركة لم يبق له رد وان كان (غير عالم بالايصاء) فصار بيعه التركة كقبول الوصية وينفذ بيعه وان لم يكن عالما بالايصاء بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لاينفذ ولايكون البيع من غير علم قبولا (فان رد الوصى الوصاية (بعد موته) اى موت الموصى (ثم قبل صح ما لم ينفذ قاض رده) ولم يخرجه من الوصاية لمقال لااقبل لان بمجرد قوله لااقبل لايبطل الايصاء لان فيه ضررا بالميت وضرر الوصى فى الابقاء مجبور بالثواب الا ان القاضى اذا اخرجه عن الوصاية يصح لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه بعد قوله لا اقبل كما ان له اخراجه بعد قبوله حتى اذا راى غيره اصلح كان له عزله ونصب غيره وربما يعجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا للمال

الميت يتصرف فيه فيندفع الضرر من الجانبين ولو قال اقبل بعد ما اخرجه القاضي لا يلتفت اليه
لانه قبل بعد ما بطلت الوصية باخراج القاضي اياه (وان اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجه
القاضي ونصب غيره) اى اذا اوصى الى هؤلاء المذكورين اخرجهم القاضي عن الوصاية واستبدل
غيرهم مكانهم وذكر القدوري ان القاضي يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على ان الوصية كانت لهم
صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول ويدل عليه ما فى السراجية من قوله اذا اوصى الى عبد
او ذمي او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ولو تصرفوا قبل الاخراج جاز انتهى وذكر
محمد فى الاصل ان الوصية باطلة لعدم الولاية لهم ووجه الصحة ثم الاخراج كما ذكره الزيلعي
ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من
اصلنا وولاية الكافر فى الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى ويمكنه بعدها
والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر فى حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي
عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط فى الاصل ان يكون الفاسق مخوفا منه
على المال لانه يعذر بذلك فى اخراجه وتبدله بغيره بخلاف ما اذا اوصى الى مكاتبه او مكاتب غيره
حيث يجوز لان المكاتب فى منافعه كالحر وان عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب فى القن (وان)
اوصى (الى عبده فان كان كل الورثة صغارا صح) الايصاء عند الامام لانه مخاطب مستبد بالتصرف
فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية النظر
فلا منافاة (خلافا لهما) وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع الامام ومرة مع
ابى يوسف ووجه القياس ان الولاية منقدمة لان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك
وهذا قلب المشروع ووجه ما ذكره الامام مر بيانه (وان كان فيهم) اى فى الورثة (كبير بطل)
الايصاء اى عبد نفسه (اجماعا) لان للكبير ان يمنع العبد من التصرف او يبيع نصيبه فيمنعه المشترى
عن التصرف فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية (ولو كان الوصي عاجزا عن القيام بالوصية) اى امورها
(ضم) القاضي (اليه) اى الى العاجز (غيره) لان فى الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة
لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكى الوصي الى القاضي ذلك فلا يجيبه
حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه (وان كان) الوصي (قادرا)
على القيام بامور الوصاية (امينا لا يخرج) على صيغة المجهول وفاعله المنوب عنه هو القاضي (وان
شكى اليه الورثة) كلهم (او بعضهم منه) اى من الوصي (ما لم يظهر منه خيانة) قال الزيلعي
لو كان قادرا على التصرف وهو امين فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار
غيره كان دونه فكان ابقاؤه اولى الا يرى ان الوصي يقدم على ابى الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم
على غيره وكذا اذا شكت الورثة او بعضهم اليه لا ينبغي ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه
استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت منه الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها
وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه
ويقيم غيره مقامه كانه مات ولا وصي له ولم يذكر ما اذا فعل القاضي ما ليس له وعزل الوصي العدل
المختار هل ينعزل ام لا وذكر ذلك قاضيخان فى فتاواه حيث قال وصي الميت اذا كان عدلا كافيا
فلا ينبغي للقاضي ان يعزله واذا لم يكن عدلا يعزله وينصب وصيا آخر ولو كان عدلا غير كاف
لا يعزله ولكن يضم اليه كافيا ولو عزله ينعزل وكذا لو عزل القاضي العدل الكافي ينعزل كما ذكره الشيخ
الامام المعروف بخواهرزاده وقال ابن الشحنة وفى شرح الوهبانية قلت وفى وسيط المحيط ان القاضي
يصير جائرا انما قال وعند بعض المشايخ لا ينعزل العدل الكافي بعزل القاضي لانه مختار الميت
فيكون مقدما على القاضي وعزى فى القنية انعزال العدل الكافي لخواهرزاده

وان ظهير الدين المرغيناني استبعده لانه مقدم على القاضي لانه مختار الميت وان استاذه البديع قال اذا كان هذا في وصي الميت فكيف وصي القاضي ونحوه في المبسوط والهداية انتهى وفي جامع الفصولين الوصي من الميت لو عدلا كافيا لا ينبغي للقاضي ان يعزله فلو عزله قيل ينعزل اقول الصحيح عندي انه لا ينعزل لانه كالوصي وهو اشفق بنفسه من القاضي فكيف يعزله وينبغي ان يفتي به لفساد قضاة الزمان كما في المنح فقد افاد ترجيح عدم صحة العزل للوصي (وان اوصى الى اثنين لا ينفرد احدهما) بالتصرف في مال الميت وان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند الطرفين وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولو اوصى الى رجلين ثم ان احدهما تصرف في المال غير الاشياء المعدودة ثم اجاز صاحبه فانه يجوز ولا يحتاج الى تجديد العقد كذا في الجوهرة ثم ان ما ذكره في الجوهرة من الاشياء المعدودة التي يجوز لاحد الوصيين الانفراد بالتصرف فيها ما استثناه بقوله (الا بشراء كفن وتجهيز) فانه لا ينبني على الولاية وربما يكون احدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد الميت الا يرى انه لو فعله عند الضرورة جيرانه جاز (وخصومة) في حقوقه لانهما لا يجتمعان عليها عادة ولو اجتمعا لا يتكلم الا احدهما غالبا على انهما لو تكلما حال الخصومة معا ربما لم يفهم القاضي دعواهما لاختلاط كلام احدهما بالاخر ولهذا ينفرد بهما احد الوكيلين ايضا (وقضاء دين) كان على الميت (وطلبه) اي الدين الذي له على الغير (وشراء حاجة الطفل) لان في تأخيره خوف لحوق الضرر به كخوف الهلاك من الجوع والعري (وقبول الهبة له) اي للطفل فانه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الام وكل من هو في يده (ورد وديعة معينة وتنفيذ وصية معينة واعتاق عبد معين) لعدم الاحتياج الى الرأي في ذلك كله بخلاف ما اذا لم تكن المذكورات معينة فربما احتيج فيها الى الرأي فلا ينفرد احدهما بذلك دون الاخر (ورد مغصوب) فيجوز لاحد الوصيين الانفراد برده دون الاخر ولم يقيدوا المغصوب بكونه معينا ولم يبينوا السر في اطلاقه عن التقييد ووجهه غير ظاهر فتأمل (او مشترى شراء فاسدا) فلكل واحد منهما ان ينفرد برده لما تقدم من عدم الاحتياج الى الرأي (وجمع اموال ضايعة وحفظ المال) لان في التأخير الى اجتماعهما خوف الفوات (وبيع ما يخاف تلفه) اذ يسرع اليه الفساد ففي التأخير الى الاجتماع ضرر بين هذا عند الطرفين (وعند ابي يوسف يجوز الانفراد) لكل واحد منهما (مطلقا) ولا يختص الانفراد بالاشياء المعدودة لان الايصاء من باب الولاية والولاية اذا ثبتت لاثنين شرعا تثبت لكل واحد كاملا على الانفراد كالاخوين في ولاية الانكاح وكذا اذا ثبتت شرطا وهذا لان الولاية لا تحتمل التجزي لانها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزى ولهما ان سبب هذه الولاية التفويض فلابد من مراعاة صفة التفويض والموصي انما فوض الولاية اليهما معا وهذا الشرط مقيد فلم يثبت بدون ذلك الشرط فانه رضي الا برأي الاثنين ورأي الواحد لا يكون كرأيهما بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب ثمة الاخوة وهي قائمة بكل واحد منهما على الكمال والسبب هنا الايصاء وهو اليهما لا الى كل واحد منهما ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ خاطب يجب عليه وهنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع فلهذا قال بجواز الانفراد في الاشياء المعدودة دون غيرها ثم قيل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد احدهما بالاجماع ذكره الحلواني قال ابو الليث وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف في الفصلين جميعا ذكره الاسكاف وقال في المبسوط هو الاصح كما في التبيين (فان مات احد الوصيين اقام القاضي غيره مقامه

ان لم يوص الى احد) اما عندهما فلان الباقى عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا
آخر نظرا للميت والورثة وعند ابى يوسف الحى منهما وان كان يقدر على التصرف لكن الموصى
قصد ان يخلفه متصرفان فى حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الوصى الميت
(وان اوصى) الوصى الذى مات (الى الحى جاز) الايصاء (ويتصرف) الحى (وحده) فى ظاهر
الرواية كما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضى الى نصب وصى آخر لان رأى الميت يكون
باقيا حكما برأى من يخلفه وروى الحسن عن الامام ان الحى لا ينفرد بالتصرف لان الموصى لم يرض
بتصرفه وحده فلا يكون للوصى ان يرضى بما يعلم ان الموصى لم يرضه بخلاف ما اذا اوصى الى غيره
لان المتوفى رضى برأى الاثنين وقد وجد (ووصى الوصى وصى فى التركتين) اى اذا مات الوصى
فاوصى الى غيره فهو وصى فى تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعى لا يكون وصيا فى تركة الميت
الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم يفوض له الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضى برأيه
ولم يرض برأى غيره وانما ان الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا
يرى ان الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل الى الوصى ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لما
تقدم عليه فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصاء (وكذا ان اوصى) الوصى الميت (اليه) اى الى آخر
(فى احديهما) اى فى احدى التركتين يعنى اذا اوصى الى آخر فى تركته يكون وصيا فيهما عند الامام
لان تركة موصيه تركته لان له ولاية التصرف فيهما (خلافا لهما) فانهما قالا يقتصر على تركته
لانه نص عليها ثم ان قول المصنف فى احديهما يفيد عموم الوصية لتركته او تركة موصيه لكن المذكور
فى عامة الكتب انه اذا اوصى فى تركته فقط يكون وصيا فيهما ولم يذكر واما اذا اوصى فى تركة موصيه
لكن قال المولى المعروف باخى قول المصنف اومال موصيه يشعر بعدم كونه وصيا فيهما على
تقدير ذكر مال الموصى وحده بدون ذكر ماله ولم نجد فيه رواية فى المعتبرات بل الموجود فيها
انه اذا جعله وصيا فى مال نفسه فقط اوفى مال موصيه اوقال جعلته وصيا بغير قيد ففى جميع ذلك
يصير وصيا فى المالين ومايشعره فى المتن ليس واحدا منها انتهى (وتصح قسمة الوصى) نيابة
(عن الورثة مع الموصى له) سواء كانت الورثة غيبا اوصغارا اى يجوز للوصى ان يقسم التركة بين
الورثة الغيب او الصغار وبين الموصى له بان يأخذ حق الورثة ويسلم الباقى الى الموصى له (فلا يرجعون)
اى الورثة (على الموصى له لو هلك حظهم فى يد الوصى) لان الهلاك بعد تمام القسمة يكون على
من وقع الهلاك فى نصيبه (لا) تصح (مقاسمته) اى الوصى (معهم) اى الورثة نيابة (عن الموصى له)
والفرق ان الوصى خليفة الميت والوارث خليفة عن الميت ايضا حتى يرد بالعيب و يرد عليه به
فصلح الوصى خصما عن الوارث نيابة عنه لان من كان خليفة لاحد كان خليفة لمن قام مقامه
فصار تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت
من كل وجه لان الموصى له ملكا جديدا ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه فلم يصلح الوصى خصما
عنه عند غيبته فلم يكن تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فلم تصح القسمة عليه (فيرجع) الموصى له
(عليهم) اى على الورثة (بثلث ما بقى لو هلك حظه فى يد الوصى) لان القسمة حيث لم تصح
لم تنفذ عليه غير ان الوصى لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ فى التركة فيكون له ثلث الباقى
لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقى على الشركة
(وصحت) القسمة (للقاضى لو قاسمهم) نيابة (عنه) اى الموصى له (واخذ قسطه) اى نصيب
الموصى له الغائب لان للقاضى ولاية على الغائب فكانت قسمته كقسمة الغائب بنفسه واذا صحت
القسمة من القاضى كان له ان يفرز نصيبه و يقبضه فان فعل ذلك وهلك المقبوض فى يده عن
الغائب لم يكن للموصى له على الورثة سبيل ولا على القاضى (وفى الوصية بحج او قاسم الوصى الورثة

فضاع عنده) اى الوصى (يؤخذ للحج ثلث مابقى) فى يد الوصى يعنى اذا اوصى الميت بحج فقاسمه الوصى مع الورثة واخذ المال الموصى به فضاع فى يده احج عن الميت بثلث مابقى من التركة (وكذا او دفعه) اى دفع الوصى المال الموصى به (لمن يحج فضاع فى يده) اى المدفوع اليه واللام فى لمن بمعنى الى يؤخذ للحج ثلث مابقى من التركة لان القسمة لاتراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث مابقى وهذا عند الامام (وعند ابى يوسف ان بقى من الثلث شئ اخذ والا لا) لان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها مابقى محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها (وعند محمد لايؤخذ شئ) لان القسمة حق الوصى الا يرى انه لو افرز الموصى نفسه مالا ليحج عنه به فهلك المال بطلت الوصية فكذا اذا افرزه الوصى الذى قام مقامه (ولو باع الوصى من التركة عبدا مع غيبة الغرماء جاز) لان الوصى قائم مقام الموصى ولو تولاه الموصى بنفسه حال حيوته جاز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير محضر من الغرماء فكذا الوصى لانه قائم مقامه وذلك لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له فى التجارة حيث لايجوز للمولى بيعه لان للغرماء حق الاستسعاء بخلاف مانحن فيه (وان اوصى ببيع شئ من تركته والتصدق به) على المساكين (فباعه وصيه وقبض ثمنه فضاع فى يده واستحق المبيع ضمنه) اى ضمن الوصى الثمن للمشترى لانه عاقد التزم للعهدة بالعقد على نفسه وهذه عهدة لان المشترى منه لم يرض بدفع الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصى مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده (ورجع الوصى به) اى بما ضمن (فى التركة) اى تركة الميت لانه عامل للميت فى تنفيذ وصيته فيرجع عليه كالوكيل وكان الامام يقول لايرجع لانه ضمن بفعله وهو القبض فلا يرجع على غيره ثم رجع الى ماذكرنا ويرجع فى جميع التركة وعن محمد انه يرجع فى الثلث لان الرجوع بحكم الوصية لا لتنفيذها فاخذ حكم الوصية ومحلها الثلث وجه الظاهر انه انما يرجع عليه لانه صار مغرورا من جهة الميت فكان الضمان دينا على الميت ومحل قضاء الدين كل التركة بخلاف القاضى او امينه اذا تولى البيع لانه لاعهدة وفى التزام العهدة على القاضى تعطيل القضاء لنفار الناس عن تقلد القضاء خوفا عن لزوم الضمان وفى تعطيله تعطيل مصالح الناس وامين القاضى سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصى لانه كالوكيل فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ لان البيع وقع للميت لا للورثة وصار كسائر الديون التى تكون على الاموات المفاليس (ولو قسم الوصى التركة فاصاب) الوارث (الصغير شئ فقبضه) الوصى (وباعه وقبض ثمنه فضاع واستحق ذلك الشئ) الذى باعه الوصى (رجع) الوصى (فى مال الصغير) لانه عامل له (و) رجع (الصغير على بقية الورثة بحصته) لبطلان القسمة باستحقاق ما اصابه (ولا يصح بيع الوصى ولا شراؤه الا بما يتغابن) على صيغة المجهول (فيه) نائب الفاعل ليتغابن ولا يصح بما لا يتغابن فى مثله لان تصرفه مقيد بالنظر فى حق الصغير قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن ولا نظر فى الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير لان فى اعتباره تعطيل مصالحه لعدم امكان التحرز عنه والصبى المأذون والعبد المأذون والمكاتب يصح بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند الامام لان تصرفهم بحكم المالكية اذ الاذن فك الحجر اما الوصى فتصرفه بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لايجوز بالغبن الفاحش لان العقد الذى فيه غبن فاحش بمنزلة الهبة من وجه فلا يملكه من لا يملك الهبة (ويصحان) اى بيع الوصى وشراؤه (من نفسه ان كان فيه نفع) للصغير كما اذا باع الوصى متاعه يساوى خمسة عشر بعشرة من الصغير او اشترى من متاع الصغير ما يساوى عشرة بخمسة عشر لنفسه صح (خلافا لهما) قياسا على الوكيل وللامام ما تلونا من قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى

احسن والتصرف المذكور داخل تحت الاستثناء قال الزيلعي اما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز على قول محمد واظهر الروايات عن ابي يوسف انه لا يجوز على كل حال هذا في وصي الاب واما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله وللاب ان يشتري شيئا من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة او بغبن يسير وقال المتأخرون من اصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير الا ان يكون على الميت دين او يرغب المشتري بضعف قيمته او يكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد وبه يفتى وزاد في الفوائد الزينية على مانقل عن الزيلعي ثلاث مسائل نقلا عن الظهيرية احديها اذا كان في التركة وصية مرسلة لا يمكن تنفيذها الا منه وفيما اذا كانت غلاته لا تزيد على مؤنته وفيما اذا كان حانوتا او دارا يخشى عليه النقصان انتهى وزاد في الخانية اخرى وهي اذا كان العقار في يد متغلب وخاف الوصي عليه فله بيعه انتهى (وله) اي الوصي (دفع المال) اي مال الصغير (مضاربة وشركة وبضاعة) لانه قائم مقام الاب وللاب هذه التصرفات فكذا للوصي (وله قبول الحوالة على الاملاء) من الملاءة وهي القدرة على الاداء والمفضل عليه المحيل المديون (لا على الاعسر) من المحيل المديون لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو ان يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا ولا يرى الرجوع على الاول بخلاف ما اذا كان المحتال عليه املأ واقدر على اداء الدين من المديون الاول فانه يجوز لكونه خيرا لليتيم وان لم يكن خيرا لليتيم بان كان الثاني افلس من الاول لا يجوز بقي انه اذا كان الثاني مثل الاول يسارا واعسارا هل يجوز ام لا اختلف فيه المشايخ قال بعضهم يجوز وقال بعضهم لا يجوز (ولا يجوز له) اي للوصي (ولا للاب الاقراض) لانه ليس فيه منفعة دنيوية لليتيم ويحتمل التوى فكان الاحتياط في عدم الجواز (ويجوز للاب الاقتراض) اي اخذ القرض من مال الصغير (لا للوصي) والفرق بينهما ان للاب ان يأخذ من مال الصبي بقدر حاجته ولا كذلك للوصي (ولا يتجر) الوصي (في مال الصغير) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة (ويجوز بيعه) اي بيع الوصي (على الكبير الغائب) اذا كان المبيع (غير العقار) لان الاب يلي بيع ما سوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه ايسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الى اكثر من ذلك وعند الامام جاز له بيعه كله لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح انه لا يملك لانه نادر كما في التبيين (ووصي الاب احق بمال الصغير من جده) لان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولاية الاب قائمة معنى فيقدم على الجد كالاب نفسه وعند الشافعي الجد احق به حيث اقامه الشرع مقام الاب عند عدمه (فان لم يوص الاب فالجد كالاب) اي ان لم يوص الاب الى احد فالجد احق لانه اشفق من الغير لقيامه مقام الاب في الارث حتى يملك الانكاح دون الوصي اما وصي الاب فانه مقدم عليه كما سبق بيانه

﴿ فصل ﴾

وفي النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها لعدم عراقتها فيه (شهد الوصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما لا تقبل) شهادتهما لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فبطلت للتهمة فاذا بطلت ضم القاضي اليهما ثالثا لان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بان الموصي ضم اليهما ثالثا واقرارهما حجة عليهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات احد الاوصياء الثلاث فللقاضي ان يضم ثالثا فكذا (هنا الا ان يدعيه زيد) اي يدعي

زيد انه وصى معهما فحينئذ تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس ان لاتقبل كالاول وجه الاستحسان ان للقاضى ولاية نصب الوصى ابتداء فيما اذا مات ولم يترك وصيا وله ولاية ضم آخر اليهما فكان هذا مثله فى ضم مدعى الوصاية (وكذا) لاتقبل (لو شهد ابنا الميت) ان اباهما اوصى الى زيد وهو ينكر ذلك لجرهما بشهادتهما نفعا وهو ان يكون معينا لهما حافظا للتركة وكانا متهمين وشهادة المتهم غير مقبولة ولو ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحسانا ووجهه ماذكر فى المسئلة الاولى (ولغت) اى بطلت (شهادة الوصيين بمال للصغير) يعنى لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال له على آخر فلاتقبل شهادتهما سواء كان ذلك المال منتقلا اليه من الميت او من غيره للتهمة فى شهادتهما (وكذا) تلغو شهادتهما (للكبير فى مال) انتقل اليه (من الميت) للتهمة فى شهادتهما لانهما يثبتان لانفسهما ولاية الحفظ عند غيبة الكبير وبيع العقار فتبطل شهادتهما (وصحت) شهادتهما (له) اى للكبير وحده (فى غيره) اى فى غير مال انتقل اليه من الميت لانه لاولاية لهما حينئذ فى ذلك المال لان الميت انما اقامهما مقامه فى تركته لا فى غيرها هذا عند الامام (وعندهما تصح) شهادتهما (للكبير فى الوجهين) اى فى مال انتقل اليه سواء كان من الميت او غيره لانه لاتصرف لهما فى حضرة الكبير فعريت شهادتهما عن التهمة وللامام مابيناه آنفا من التهمة عند غيبة الكبير فكفت هذه التهمة لرد شهادتهما (وشهادة الوصى على الميت جائزة) لانتفاء التهمة فى هذه الشهادة فتجوز عليه (لا له) اى للميت لما بينا من تحقق التهمة باثباته لنفسه التصرف (ولو) كانت تلك الشهادة (بعد العزل) من الوصاية (وان لم يخاصم) اى وان لم يكن الوصى خصما فى هذه الصورة بان عزله القاضى ونصب غيره خصما فى هذه الدعوى لاحتمال التهمة بان يكون جر لنفسه مغنما زمان وصايته فيشهد خوفا من زواله (ولو شهد رجلان لآخرين بدين الف) يجوز ان يكون الالف مضافا اليه وان يكون بدلا من دين اذا قرئ منكرا وعلى وجه الاضافة فهى بيانية (على ميت و) شهد (الآخران لهما) اى للشاهدين الاولين (بمثله) اى بمثل ذلك الدين وهو الف (صحتا) الشهادتان من الطرفين عندهما (خلافا لابى يوسف) فانهما لاتصح شهادة واحد منهما للتهمة لكون الشهادة من كل منهما مثبتة حق الشركة فى ذلك المال الذى اثبتاه على الميت ولهما ان الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبى بقضاء دين احدهما لايشاركه الآخر وروى الحسن عن الامام انهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة واما اذا شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم بعد ذلك ادعى ذلك الشاهدان دينا آخر على الميت فشهد لهما الفريقان الاولان تقبل ووجه هذه الرواية انهما اذا جاؤا معا كان شهادة كل فريق معاوضة للفريق الآخر فتحققت التهمة بخلاف ما اذا كانت دعوى الفريق الآخر فى وقت آخر فانه حيث ثبت الحق للفريق الاول بلا تهمة والثانى لايزاحمه فصار كالاول فى انتفاء التهمة (ولو شهد كل فريق للآخر بوصية الف لاتصح) الشهادة من كل منهما لما بينا من التهمة فى شهادة الالف الدين (ولو شهد احد الفريقين للآخر بوصية جارية والآخر له) اى لذلك الفريق (بوصية عبد صحت) شهادة كل من الفريقين بالاتفاق لانه لاشركة فلا تهمة كذا قالوا لكن احتمال المعاوضة فى الشهادة باق كما فى صورة الشهادة بالدين او الوصية بالالف تأمل (وان شهد) الفريق (الآخر له) اى للفريق الاول (بوصية ثلث لاتصح) يعنى اذا شهد الفريق الاول بوصية عبد للفريق الآخر وشهد الفريق الآخر بوصية ثلث لاتصح شهادة كل واحد من الفريقين لان الشهادة فى الصورة ايضا تثبت الشركة بين الفريقين بخلاف وصية العبد والجارية والله تعالى اعلم

﴿ كتاب الخنثى ﴾

وهو على وزن فعلى بالضم اورده عقيب الوصايا لان

المسائل المتعلقة بالوصية من احوال من هو ناقص القوة لاشرافه على الموت وهذه المسائل من احوال من هو ناقص الخلقة (هو) اى الخنثى من الخنث بالفتح والسكون وهو اللين والتكسر والفها للتأنيث ولذا لا يلحقها الف ولانون وكان القياس ان يوصف بالمؤنث ويؤنث الضمير الراجع كما هو المذكور فى كلام الفصحاء الا ان الفقهاء نظروا الى عدم تحقق التأنيث فى ذاته فلم يلحقوا علامة التأنيث فى وصفه وتذكيره تغليبا للذكورة وفى القهستانى وانما لم يؤنث لانه غير معلوم عندنا فذكر نظرا الى الاصل كالجزء والشكل (من له ذكر وفرج) اى ماله آلة الرجال وآلة النساء ويلحق به من عرى عن الآلتين جميعا وفى القهستانى خلافه لانه قال وفيما ذكره اشعار بان من لم يكن له شئ منهما وخرج بوله من سرته ليس بخنثى ولذا قال الامام وابو يوسف انا لاندرى اسمه وقال محمد انه فى حكم الانثى (فان بال من احدهما اعتبر به) اى ان بال من ذكره فذكر وان بال من فرجه فانثى لان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول ولان التبول من اى عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلى الصحيح والاخر بمنزلة العيب (وان بال منهما) اى من الذكر والفرج (اعتبر الاسبق) لانه يدل سبق خروجه على انه المقصود الاصلى (وان استويا) فى الخروج (فهو مشكل) اى غير محكوم عليه بكونه ذكرا اوانثى عند الامام وقال لاعلم لى به وهذا من جملة ماتوقف فيه من كمال ورعه (ولااعتبار بالكثرة) اى كثرة البول فى كونه ذكرا اوانثى عنده (خلافا لهما) فانهما قالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك العضو ولكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل فى اصول الشرع فيترجح بالكثرة وبه قالت الائمة الثلاثة وله ان كثرة الخروج لاتدل على القوة لانه قد تكون لاتساع فى احدهما وضيق فى الاخر (فاذا بلغ) الخنثى بالسن (فان ظهر بعض علامات الرجال من نبات اللحية اوقدرة على الجماع اواحتلام) كالرجل او كان له ثدى مستو (فرجل) اى فحكمه حكم الرجال (فان ظهر بعض علامات النساء من حيض وحبل وانكسار ثدى ونزول لبن فيه وتمكين من الوطئ فامرأة) اى فحكمه حكم النساء (وان لم يظهر شئ) من علامات الذكورة ولامن علامات الانوثة (او تعارضت) هذه المعالم مثل ما اذا حاض وخرجت له لحية او يأتى و يؤتى (فمشكل) اى فهو خنثى مشكل لعدم المرجح وعن الحسن يعد اضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد (قال محمد الاشكال قبل البلوغ فاذا بلغ فلا اشكال) وفى المبسوط اذا بلغ صاحب الآلتين لابد ان يزول الاشكال لانه اذا جامع بذكره اونبت له لحية او احتلم كاحتلام الرجال فهو رجل وان نبت له ثدى كثدى المرأة اورأى حيضا اوجومع كما يجامعن اوظهر به حبل اونزل فى ثديه لبن فهى امرأة كما مر فى المتن (واذا ثبت الاشكال اخذ فيه) اى فى الخنثى المشكل (بالاحوط فيصلى بقناع) لاحتمال كونه امرأة حتى لو صلى بغير قناع يستحب ان يعيدها اذا كان حرا وكذلك يستحب ان يجلس فى صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن (ويقف بين صفى الرجال والنساء فيقدم على النساء لاحتمال كونه رجلا فلو وقف فى صفهم) اى فى صف الرجال فصلوته تامة لكن (يعيد) صلاته (من لاصقه من جانبيه ومن بحذائه من خلفه) لاحتمال انه امرأة فتفسد صلاتهم وهذا اذا نوى الامام امامة النساء فان لم ينو الامام الامامة فلا حاجة الى ان يعيد هؤلاء صلاتهم بل يعيدوها احتياطا (وان) وقف (فى صفهن) اى صف النساء (اعاد) صلوته (هو) اى الخنثى (فقط) لاحتمال انه رجل فتجب الاعادة احتياطا (ولا يلبس) الخنثى (حريرا ولا حليا) لاحتمال كونه ذكرا والترجيح للحظر فيما يتردد بينه وبين الاباحة (ويلبس المخيط فى احرامه ولا يكشف نفسه عند رجل) لانه لو كان مراهقة لم ينظر الى ما سوى الوجه والكف منه ولو كان مراهقا لم ينظر

الى ماتحت سرته الى ركبتيه ولا عند امرأة لانها لاتنظر الى ماتحت السرة الى الركبة مراهقا كان او مراهقة كما فى القهستانى (ولايخلو به) اى بالبالغ و ما فى حكمه (غير محرم من رجل اوامرأة) تحرزا عن احتمال الحرام (ولايسافر بلامحرم) من الرجال ولامع امرأة من محارمه لاحتمال انه امرأة فيكون سفرا مرأتين بلامحرم وهو غيرجائز (ولايختنه رجل و لا امرأة) تحرزا عن النظر الى الفرج لاحتمال انه رجل وامرأة ولكن قد تقدم انه يجوز للطبيب والجراح النظر الى موضع النظر للضرورة والظاهران النظر الى موضع الختان من هذا القبيل كما فى البرجندى لكن النظر ليس بعدله لان الختان عندنا سنة تدبر وهذا اذا كان مراهقا والافلارجل ان يختن (بل تباع له امة) عالمة بالختن (تختنه من ماله ان كان له) اى للخنثى مال لانه يجوز لمملوكته النظر اليه رجلا وامرأة فى حال العذر (والا) اى وان لم يكن له مال (فمن بيت المال) بقرض ثمنها و يشتريها لانه اعد لنوائب المسلمين وهذا اذا كان ابوه معسرا والا فمن مال ابيه (ثم) اى بعد الختن (تباع) الامة وجوبا ويرد ثمنها الى بيت المال اوقوع الاستغناء عنها وفيه اشعار بانه لايتزوج عالمة بختنه على ما قال شيخ الاسلام وذهب الحلوانى الى انه يتزوجها لانه ان كان امرأة ينظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو والا فكنظر المنكوحة الى الناكح (فان مات قبل ظهور حاله) من الذكورة والانوثة (لايغسل) للاحتمالين (بل يتيمم) لانه لايمس شئ فيه الا الوجه واليد بخلاف الغسل وفيه اشعار بان لاتشترى لاجل الغسل امة لانها اجنبية بعد الموت ولاحاجة الى خرقة على اليد عند التيمم لكن فى القهستانى هذا اذا كان المتيمم محرما والا فقد يتيمم بالخرقة (ويكفن فى خمسة اثواب) كما تكفن المرأة فهو احب لاحتمال انه انثى (ولايحضر بعد مراهق غسل رجل ولاامرأة) لاحتمال الحالين (وندب تسجية قبره) اى ستره بثوب عند الدفن لاحتمال انه انثى وستر قبرها واجب (ويوضع الرجل) اى جنازته لانه ذكر بيقين (مما يلى الامام ثم هو) اى الخنثى بقرب الرجل مما يلى القبلة (ثم) توضع (المرأة) بقرب الخنثى ليبعد عن النظر ان صلى عليهم جملة رعاية لحق الترتيب وفيه اشعار بان الافضل عند اجتماع الجنائز ان يصلى على كل منفردا لانه ابعد عن الخلاف (وله) اى للخنثى المشكل (اخس النصيبين من الميراث عند الامام) واصحابه وعليه الفتوى كما فى السراجية وفى الكفاية ان محمدا مع الامام وفى النظم ان ابا يوسف معهما فى ظاهر الاصول اى الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على انه ذكر و على انه انثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على احد التقديرين فلاشئ له ثم فرعه وقال (فلو مات ابوه عنه) اى الخنثى (وعن ابن فللابن سهمان وله سهم) عنده لان الاقل متيقن وفيما زاد عليه شك والمال لايجب بالشك واورثه وبنتا فالمال بينهما نصفان فرضا وردا وفى القهستانى وذا فى صورتين الاولى ما يفرض فيه الخنثى انثى كما ذكره المصنف والثانية ما يفرض فيه ذكرا وهذا مشتمل على صورتين احديهما ما يكون فيه الخنثى محروما كما اذا تركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب فانه ان كان اختا فله سهم هو السدس تكملة للثلثين ولكل من الزوج والاخت نصف فتعول المسئلة من ستة الى سبعة وان كان اخا فمحروم لانه عصبة لم يبق له شئ بعد فرضهما وهو النصفان ولاريب انه اخس الحالين فيفرض كونه ذكرا والثانية ما يكون غير محروم كما اذا تركت زوجا واما وخنثى لاب وام فانه ان كان الخنثى اختا لاب ولام فله نصف كالزوج والام ثلث فتعول المسئلة من ستة الى ثمانية وان كان اخا فله سهم وللزوج نصف وللام ثلث ولايخفى انه اخس الحالين لان السهم الواحد من ستة اقل من ثلاثة اسهم من ثمانية فيفرض كونه ذكرا ايضا (و) فيما اذا ترك الخنثى اباه وابنا (عند الشعبى له نصف النصيبين وهو ثلاثة من سبعة عند ابى يوسف) تخريجا اومذهبا وذلك ان للابن عند الانفراد

كل الميراث وللبنت نصفه فكان نصف الكل اثنين ونصف النصف واحد والمجموع ثلثة ارباع فان المخرج اربعة تعول الى سبعة فيجعل للخنثى ثلاثة وللابن اربعة والمجموع يكون سبعة (وخمسة من اثنى عشر عند محمد) تخريجا وذلك ان كان ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان انثى كان المال بينهما اثلاثا فيكون له نصف النصف اى الربع ونصف الثلث اى السدس والباقى للابن فيحتاج الى عدد له ربع وسدس واقل ذلك اثنى عشر وربعه ثلاثة وسدسه اثنان والمجموع خمسة فهى للخنثى والباقى اى السبعة للابن والتفاضل بين التفسيرين فى هذه الصورة انما هو بثلث ربع السبع كما لايخفى على المحاسب (ولو قال سيده كل عبد لي حر او كل امة لى حرة لايعتق مالم يستبن) لان الحنث لايثبت بالشك ومن حلف بطلاق او اعتاق ان كان اول ولد تلديه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى (ولو قال بعد تقرر اشكاله انا ذكر او انثى لايقبل) قوله على الصحيح لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وقبله) اى قبل اشكاله (يقبل) لان الانسان امين فى حق نفسه والقول قول الامين مالم يعرف خلاف ماقال

﴿ مسائل شتى ﴾

قد ذكرنا قبل هذا ذكر مسائل شتى او مسائل منثورة او مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر بحق ذكره فيه خصوصا اذا انتهى الكتب (كتابة الاخرس) مبتدأ خبره الآتى كالبيان (وايماؤه بمايعرف به) متعلق بقوله وايماؤه به (اقرار بنحو تزوج) متعلق بالكتابة والايماء على طريقة التنازع وكذا ما عطف عليه بقوله (وطلاق وبيع وشراء ووصية وقود) وجب (عليه او له كالبيان) اذا كان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان يلزمه الاحكام المذكورة بالاشارة لان الاشارة تكون بيانا من القادر فاظنك من العاجز وفى الهداية واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له نشهد عليك بما فى هذا الكتاب فاومئ برأسه اى نعم او كتب فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار فهو جائز قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار لان مايجئ من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما مايكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك رأسه عرضا والثانى مايكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا اذا كان معهودا منه فى نعم انتهى وفيه كلام لانه لما فسر الايماء برأسه فى تقرير المسئلة بقوله نعم تعين ان وضعها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق حاجة فى تقريرها الى قوله فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار بل كان يكفى قوله فهو جائز كما قال بعض الفضلاء لكن لايخفى ان هذا كلام لاورود له لان شان الشارحين ان يطابقوا بكلامهم كلام المصنفين على وجه الايضاح فان من لم يتفطن كلامهم قال ما قال (ولا يحد) الاخرس (لقذف ولا لغيره) كالزنا وشرب الخمر اى لايكون كتابة الاخرس وايماؤه بالقذف ولا كتابته وايماؤه بالاقرار بالزنا او شرب الخمر كالبيان حتى يحد لان الحدود تندرأ بالشبهات وفى كتابته وايمائه شبهة وكذا لايحد له اذا كان مقذوفا لبقاء احتمال كونه مصدقا للقاذف كامر فى الحدود (ومعتقل اللسان) اى الذى احتبس لسانه بحيث لايقدر على النطق (ان امتد به ذلك) الاعتقال الى سنة فى رواية وقيل قدر الامتداد الى اوان الموت اذ روى عن الامام انه قال اذا دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة والاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لايرجى زواله قالوا وعليه الفتوى ذكره الامام المحبوبى (وعلمت اشارته) اى المعتقل (فهو كالاخرس والا) اى وان لم يمتد او لم تعلم اشارته (فلا) يكون كالاخرس حكما هذا عندنا لان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة وذلك فى الاخرس دون المعتقل ولان الضرورة فى الاصلى لازمة وفى العارضى على شرف الزوال الا اذا عهدت الاشارة بالامتداد فحينئذ يكون بمنزلة الاخرس وعند الشافعى حكم المعتقل كحكم الاخرس فى الامتداد وعدمه لان المجوز هو العجز ولافرق بين الاصلى والعارضى ولا بين القديم والحادث (والكتابة من الغائب ليست بحجة)

لانه قادر على الحضور فلا يكون فى كونهما حجة ضرورة بخلاف الاخرس لكن (قالوا الكتابة)
على ثلاثة اوجه (اما مستبين مرسوم) اى معنون مصدر مثل ان يكتب فى اوله من فلان الى
فلان او يكتب الى فلان وفى آخره من فلان على ماجرت به العادة (وهو) اى هذا المذكور من
الكتابة (كالنطق فى الغائب والحاضر) على ما قالوا فيلزم حجة وفى زماننا الختم شرط لكونه
معتادا وكذا الكتب على كاغذ حيث يشترط بناء على العرف المعروف حتى لو كتب على الغير
يكون غير مرسوم فلهذا قال (واما مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وورق الشجر
وينوى فيه) فليس بحجة الابالنية والبيان لانه بمنزلة الكتابة من الصريح فلا يصلح حجة (واما
غير مستبين كالكتابة على الهواء والماء) وهو بمنزلة كلام غير مسموع (ولا عبرة به) فلا يثبت به
الحكم وان نوى واما الاشارة فهو حجة من الاخرس فى حق هذه الاحكام للضرورة لانها من حقوق
العباد ولا تختص هذه التصرفات بلفظ خاص بل تثبت بالفاظ كثيرة وتثبت بفعل يدل على
القول فكذا يجب ان تثبت باشارته لحاجته الى ذلك والغالب فى القصاص حق العبد والحدود
حق الله تعالى وهى تسقط بالشبهات (واذا اختلطت الذكية عينة اقل منها) اى من الذكية
(تحرى واكل) فى حالة الاختيار (والا) اى وان لم تكن الميتة اقل منها بل مساوية اواكثر
(فلا تؤكل حالة الاختيار و) لكن (يتحرى) فى اكلها (عند الاضطرار) وفى الهداية فان
كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانتا نصفين لم يؤكل وهذا اذا
كانت فى حالة الاختيار واما فى حالة الضرورة يحل له التناول فى جميع ذلك لان الميتة المتيقنة
تحل فى حالة الضرورة فالذى يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى
الذكية فى الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعى لا يجوز الاكل فى حالة الاختيار وان كانت
المذبوحة اكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحال
حالة الاختيار ولنا ان للغالبة تنزل منزلة الضرورة فى افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين
لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يحل التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان
القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل
الانكشاف بخلاف ما اذا كانتا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة (واذا احرق رأس
الشاة المتلطخ بدم وزال دمه فاتخذ منه مرقة جاز) استعمالها (والحرق كالغسل) لان النار
تأكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شئ او يحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة
قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا يتنجس الخبز (ولو جعل السلطان الخراج لرب
الارض جاز بخلاف العشر) هذا عند ابى يوسف وعند الطرفين لا يجوز فيهما لانهما فى الجماعة
المسلمين وله ان صاحب الخراج له حق فى الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام
والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكوة ولا يجوز تركه عليه وعلى قول ابى يوسف الفتوى
كما فى التبيين وغيره واذا ترك الامام خراج ارض رجل اوكرمه او بستانه ولم يكن
اهلا لصرف الخراج اليه عند ابى يوسف يحل له وهو الفتوى وعند محمد لا يحل له وعليه
ان يرده الى بيت المال او الى من هو اهل لذلك وان لم يفعل اثم ولو ترك العشر لا يجوز بالاجماع
(ولو دفع) الامام (الاراضى المملوكة الى قوم) اى عجز اصحاب الخراج عن زراعة الارض واداء
الخراج ودفع الامام الاراضى الى غير اصحابها بالاجرة اى يؤاجرها من القادرين على الزراعة
ويأخذ الخراج من اجرتها ليعطوا الخراج لمستحقه (جاز) ذلك من الامام لما فيه من المصلحة
فان فضل شئ من اجرتها يدفعه الى اصحابها وهم الملاك لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم
من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا فان لم يجد الامام من يستأجرها

باعها الامام لمن يقدر على الزراعة ولو لم يبعها يفوت حق المقاتلة فى الخراج اصلا ولو باع يفوت حق المالك
فى العين والفوات الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها غيرهم بغير
عوض ثم اذا باعها يأخذ الخراج الماضى من الثمن ان كان عليهم خراج ورد الفضل الى اصحابها قيل هذا
قولهما لان عندهما القاضى يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة واما عند الامام فلا يملك ذلك فلا يبيعها
لكن يأمر ملاكها ببيعها وقيل هذا قول الكل والفرق للامام بين هذا و بين غيره من الديون ان
فى هذا الزام ضرر خاص لدفع عام ولازالة الضرر عن العام وذلك جائز عنده ولان الخراج حق
متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد المأذون له ودين الميت فى التركة فان القاضى يملك البيع
فيهما لتعلق الحق بالرقبة كما فى التبيين (ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين عن اى يوم صح) اى لو
كان عليه قضاء صوم يوم او اكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عن قضاء رمضان ولم يعين انه
عن يوم كذا جاز وكذا لو صام ونوى عن يومين جاز عن يوم واحد (ولو عن رمضانين فلا) يصح
(فى الاصح) ما لم يعين انه صائم عن رمضان سنة كذا كما فى التبيين (وكذا) لا يصح (فى قضاء
الصلاة لو نوى ظهرا عليه مثلا ولم ينو اول ظهر او آخر ظهر او ظهر يوم كذا) ولو نوى اول ظهر
عليه او آخر ظهر عليه جاز لان الصلاة تعينت بتعيينه وكذا الوقت معين بكونه اولا وآخرا فاذا نوى
اول صلاة عليه وصلى فما يليه يصير اولا ايضا فيدخل فى نية اول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى
ما لا يتناهى وكذا الآخر وهذا مخلص من لم يعرف الاوقات التى فاتته او اشتبهت عليه او اراد التسهيل
على نفسه (وقيل يصح) نيته عن رمضانين ونيته ظهرا عليه مثلا (فيهما) اى فى قضاء الصوم
وقضاء الصلاة (ايضا) اى لو نوى قضاء رمضان ولم يعين اى يوم وهذا قول بعض المشايخ
لكن الاول اصح (ولو ابتلع الصائم بزاق غيره فان كان حبيبه لزمه الكفارة والا) اى وان لم يكن
حبيبه (فلا) يلزمه الكفارة ويجب القضاء كما بيناه فى موضعه (وقتل بعض الحاج عذر فى ترك
الحج) لان امن الطريق شرط الوجوب او شرط الاداء على ما بين فى موضعه ولا يحصل ذلك
مع قتل البعض فى طريق الحج فكان معذورا فى ترك الحج فلا يأثم بتركه (ومن قال لامرأة عند
شاهدين توزن من شدى) يعنى انت هل صرت زوجة لى (فقالت) المرأة (شدم) اى صرت
(لا ينعقد النكاح بينهما ما لم يقل قبول كردم) لان قولها شدم ايجاب فما لم يوجد القبول لا ينعقد
وقوله ابتداء توزن من شدى وارد فيه على سبيل الاستفهام والمشاورة (ولو قال لها) اى لامرأة
عند شاهدين (خويشتن را زن من كردانيدى) معناه هل جعلت نفسك لى زوجة (فقالت) المرأة
(كردانيدم) اى جعلت (فقال) الرجل (پذيرفتم) يعنى قبلت (ينعقد) النكاح بينهما لان قولها
كردانيدم ايجاب وقوله پذيرفتم قبول (ولو قال لرجل دختر خويشتن را پسر من ارزانى داشتى) معناه
هل جعلت بنتك لايقة لابنى (فقال داشتم) يعنى جعلت (لا ينعقد) ما لم يقل قبول كردم لان هذا
اللفظ لا ينبئ عن التمليك (ولو منعت المرأة زوجها من الدخول عليها) اى المرأة (وهو) اى والحال
ان الزوج (يسكن معها فى بيتها) اى فى بيت المرأة (كانت) المرأة (ناشزة) لانها حبست نفسها
منه بغير حق فلا تجب النفقة لها ما دامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها فى منزل
غيرها هذا اذا منعته ومرادها السكنى فى منزلها (ولو سكن فى بيت الغصب فامتنعت منه فلا)
تكون ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام وكذا لا تكون ناشزة لو كان المنع لينقلها الى منزل
الزوج وكذا اذا كانت ساكنة معه فى منزله ولم تمكنه من الوطئ لانه يمكن الوطئ كرها غالبا فلا يعد
منعا (ولو قالت لا اسكن مع امتك واريد) نفس المتكلم وحده (بيتا على حدة فليس لها ذلك) لانه
لا بد له ممن يخدمه فلا تمكن منعه من ذلك (ولو قالت) المرأة (مرا طلاق ده فقال) الزوج (داده
كرده كير او كرده كير او كرده باد) معناه اعطنى طلاقا فقال افرضى او قدرى انه قد اعطى

اوانه قد فعل اوانه كان اعطى اوانه كان قد فعل لان قوله كير معناه الاصلى امسك لكن معناه
هنا فرضى وقدرى (ان نوى) الطلاق (يقع والا) اى وان لم ينو (فلا) يقع لاحتمال الوعد والايقاع
فيحتاج الى النية الايقاع (ولو قال) الزوج (داده است) فى جواب قولها مرا طلاق ده (اوكرده
است يقع) الطلاق (وان) وصلية (لم ينو) لانه لا يحتمل غير الايقاع فلا يحتاج الى النية (ولو قال
داده انكار) وكرده انكار (لا يقع) الطلاق (وان) وصلية (نوى) الوقوع والفرق بينهما ان فى الاول
اخبارا عن الوقوع مطلقا وفى الثانية ليس باخبار لان معنى قوله داده انكار افرضى انه وقع
اوا حسبى فلا يقع به شئ (ولو قال وى مرا نشايد تا قيامت) يعنى هى لا تليق لى الى يوم القيمة (اوهمه عمر)
اى هى لا تليق فى جميع عمرى اومدة عمرى (لا يقع) الطلاق (الا بالنية) لانه من الكنايات (ولو قال
لها حيلة زنان كن فهو اقرار بالطلاق الثلاث) لان معنى كلامه افعلى حيلة النساء ومقصودهم
بهذا احفظى عدتك اوعدى ايام عدتك فان هذا عندهم كناية عن وقوع الطلاق الثلاث لان
المرأة لا تشتغل بامور العدة الا بعد تيقن وقوع الثلاث (ولو قال حيلة خويشتن كن فلا) يكون
اقرارا بالطلاق الثلاث لان هذا ليس بكناية عن الطلاق عندهم وفى التنوير قال ان كان الله يعذب
المشركين فامرأتى طالق قالوا لا تطلق امرأته لان من المشركين من لا يعذب لايمانه فى آخر حاله وتمامه
فى شرحه فليطالع (ولو قالت) امرأة (له) اى الزوج (كابين ترا بخشيدم) معناه وهبت لك المهر
(مرا ازجنك باز دار) معناه خلصنا من نزاعك (فان طلقها) اى الزوج المرأة (سقط المهر والا)
اى وان لم يطلقها (فلا) يسقط المهر للتعليق (ولو قال لعبده يا مالكى اولامته انا عبدك لا يعتق)
اى لا يقع العتق فى العبد ولا فى الامة لانه ليس بصريح العتق ولا كناية له فلا يكون فيه شئ مما يقتضى
العتق بخلاف قوله لعبده يا مولاى لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء وذلك بالعتق فيعتق (ولو ادعى
الى فعل فقال) المدعو (برمن سوكند است) يعنى على اليمين (كه اين كار) يعنى هذا الفعل
(نكنم) اى لا افعل (فهو اقرار باليمين بالله تعالى) لا باليمين بغيره تعالى كالطلاق ونحوه حملا
على المشروع وهو اليمين بالله تعالى (وان قال برمن سوكند است بطلاق) معناه على اليمين بالطلاق
(فاقرار بالحلف بالطلاق) للتصريح به حتى اذا فعله تطلق امرأته (وان قال قلت ذلك كذبا
لا يصدق) احتياطا فى باب اليمين (وكذا) يكون اقرارا بالحلف بالطلاق (لو قال مرا سوكند خانه
است كه اين كار نكنم) معناه انا حالف يمين البيت ان لا افعل هذا الفعل فهو اقرار بالطلاق
اعتبارا بالعرف (ولو قال المشترى للبايع بعد البيع بها بازده) معناه رد الثمن (فقال البايع بدهم)
اى ارد (يكون فسخا للبيع) لان قول المشترى بها بازده يتضمن قوله فسخت البيع وقول البايع بدهم
يتضمن قوله قبلت الفسخ فكان فسخا من الجانبين (العقار المتنازع) فيه (لا يخرج من يد ذى
اليد ما لم يبرهن المدعى) على انه فى يده اى اذا ادعى عقارا لا يكتفى بذكر المدعى انه فى يد المدعى عليه
وبتصديق المدعى عليه فى ذلك بل لابد من اقامة البينة انه فى يد المدعى عليه حتى يصح دعواه
او علم القاضى فى الصحيح كما مر فى الدعوى لان يد المدعى عليه لابد منه لتصح الدعوى عليه اذ هو
شرط فيها ويحتمل ان يكون فى يد غيره فباقامة البينة تنتفى تهمة المواضعة فامكن القضاء عليه
باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة
كما فى التبيين وفى البزازية هذا اذا ادعاه ملكا مطلقا اما اذا ادعى الشراء من ذى اليد واقراره بانه
فى يده فانكر الشراء وافق بكونه فى يده لا يحتاج الى اقامة البينة على كونه فى يده (ولا يصح قضاء
القاضى فى عقار ليس فى ولايته) لكن فى التنوير عقار لا فى ولاية القاضى يصح قضاؤه فيه وقال
فى شرحه وتعقبه ما اعتمده المصنف البزازية والخلاصة من ان الصحيح ان قضاء القاضى فى المحدود
صحيح وان لم يكن المحدود فى ولايته انتهى وفى تبيين الكنز علل عدم صحة القضاء بقوله لانه

لاولاية له فى ذلك المكان قال وقد اختلف المشايخ فيه هل يعتبر المكان او الاهل فقيل يعتبر المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لا ينفذ قضاؤه فى غير ذلك المكان على قول من يعتبر المكان ولا فى غير ذلك الاهل على من يعتبر الاهل وان خرج القاضى مع الخليفة من المصر قضى وان خرج وحده لم يجز قضاؤه فهذا ينبغى ان يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من اعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن ابى يوسف ان المصر ليس بشرط فيه واليه اشار محمد ايضا انتهى وفى البزازية ان ما اشار اليه محمد هو رواية النوادر وبه يفتى (واذا قضى القاضى فى حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائى او بدالى) اى ظهر لى (غير ذلك) القضاء (او وقفت فى تلبيس الشهود او ابطلت حكمى ونحو ذلك لا يعتبر) قوله (والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة) لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعى الا ترى ان الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء لا يصح رجوعه ولا يملك ابطالها لما مر فى موضعه فكذا القاضى وقال الشعبى كان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يقضى بالقضاء ثم ينزل القرآن بعد الذى قضى بخلافه فلا يرد قضاءه فيستأنف وفى المحيط وهذا يدل على ان القاضى اذا قضى بالاجتهاد فى حادثة لا نص فيها ثم تحول عن رأيه فانه يقضى فى المستقبل بما هو احسن عنده ولا ينقض ما مضى من قضائه لان حدوث الاجتهاد والرأى دون نزول القرآن والنبى صلى الله تعالى عليه وسلم لم ينقض القضاء الذى قضى بالرأى بالقرآن الذى نزل بعده فهذا اولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده فى حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضاء ورسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم قضى باجتهاده ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاء الاول والفرق ان القاضى حال ما قضى باجتهاده فالنص الذى هو مخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا الا انه خفى عليه وكان الاجتهاد فى محل النص فلا يصح والنبى صلى الله تعالى عليه وسلم حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد فى محل لا نص فيه فصح وذلك شريعة له فاذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لذلك الشريعة كما فى التبيين وظاهره ان وقوع القضاء بالبينة لا بد منه فى عدم صحة رجوع القاضى عنه وقيده فى الخلاصة بذلك وقال ابن وهبان ويفهم من التقييد انه كان اذا قضى بعلمه يجوز له الرجوع وفى التنوير اذا قال الشهود قضيت وانكر القاضى بان قال لم اقض فالقول للقاضى على القول المفتى به ما لم ينفذه قاض آخر اما اذا انفذه قاض آخر لا يكون القول قوله فى انه لم يقض لوجود قضاء الثانى به (ومن له على آخر حق فجاء) صاحب الحق (قوما ثم سأله) اى سأل (الآخر عنه) اى عن الحق الذى عليه (فاقر به) اى بذلك الحق (وهم) اى القوم (يرونه) اى المقر (ويسمعونه) اى يسمعون اقراره (وهو) اى المقر (لا يراهم صحت شهادتهم عليه) بذلك الاقرار لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه والعلم هو الركن فى اطلاق اداء الشهادة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله تعالى عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع (وان سمعوا كلامه) ولكن (لم يروه) اى المقر (فلا) تصح شهادتهم عليه بذلك الاقرار لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل ان يكون المقر غيره الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه احد سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حاصل لهم فى هذه الصورة فجاز لهم ان يشهدوا عليه كما مر فى موضعه (ولو بيع عقار وبعض اقارب البايع حاضر يعلم البيع وسكت لا تسمع دعواه بعده) بخلاف الاجنبى ولو جار الا اذا تصرف المشترى فيه زرعا وبناء حيث تسقط دعواه على ما عليه الفتوى قطعا للاطماع الفاسدة بخلاف ما اذا باع الفضولى ملك رجل والمالك ساكت حيث لا يكون رضى عندنا خلافا لابن ابى ليلى وفى التبيين لم يعين القريب

هنا وفى الفتاوى لابى الليث ذكرانه لو باع عقارا وابنه وامرأته حاضر يعلم به وتصرف المشترى فيه زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن ملك ابيه وقت البيع اتفق مشايخنا على انه لاتسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع وتركه فيما يصنع اقرار منه بانه ملك البايع وان لاحق له فى المبيع وجعل سكوته فى هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر فى الاضرار بالناس وتقييده بالقريب ينفى جواز ذلك مع القريب انتهى لكن لم يقيده المصنف بقوله ان تصرف المشترى فيه زمانا لان التقييد به يوجب التسوية بين القريب والجار مع ان الجار يخالفه قال ظهير الدين فتوى ائمة البخارى على ان سكوته لايكون تسليما وله المطالبة والدعوى كما اذا كان الحاضر الساكت غير الولد والزوجة والقريب لان سكوت الناطق لايجعل اقرارا وائمة خوارزم على رأى ائمة سمرقند حيث لاتسمع دعواه واختار القاضى فى فتاواه انه تسمع فى الزوجة لا فى غيرها وفى المنح يتأمل المفتى فى ذلك ان رأى المدعى الساكت الحاضر ذا حيلة افتى بعدم السماع وان رأى خلافه افتى بالسماع لكن الغالب على اهل الزمان الفساد فلا يفتى الابما اختاره اهل خوارزم (ولو وهبت امرأة مهرها من زوجها ثم ماتت) المرأة (فطلبت اقاربها المهر) منه (وقالوا) اى الورثة (كانت الهبة فى مرض موتها) اى المرأة (وقال) الزوج لا (بل فى صحتها فالقول له) اى للزوج فى التبيين والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات ووجه الاستحسان انهم اتفقوا فى سقوط المهر عن الزوج لان الهبة فى مرض الموت تفيد الملك وان كانت للوارث الاترى ان المريض اذا وهب عبدا لوارثه فاعتقه الوارث او باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان ان مات المورث فى ذلك المرض رد الوصية للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه المهر بالاتفاق فالوارث يدعى العود عليه بموتها والزوج ينكر فالقول قول المنكر انتهى وقال صاحب المنح فالقول للورثة هذا هو المعتمد كما فى الخانية ونص كلامه رجل مات وترك مالا فادعى بعض الورثة عينا من اعيان التركة ان المورث وهب له فى صحته وقبضه وتنكر الورثة قالوا ان كان ذلك فى المرض فالقول يكون قول من يدعى الهبة فى المرض وان اقاموا البينة فالبينة بينة من يدعى الهبة فى الصحة كذا ذكر فى الجامع الصغير انتهى (ولو اقر بحق ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقر له ان المقر لم يكن كاذبا فيما اقر ولست بمبطل فيما تدعى عليه عند ابى يوسف) وهو استحسان وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار منه الى اليمين كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب فيه ابعد لتضرره بذلك وجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم يكتبون صك الاقرار ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار حجة على اعتبار هذه الحالة فيحلف (وبه) اى بقول ابى يوسف (يفتى) لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعى لا يضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه كما فى التبيين وفى مجمع الفتاوى ان البايع لو اقر بقبض الثمن ثم قال لم اقبضه يحلف المشترى استحسانا وكذا لو اقر الواهب ثم انكر واراد استحلاف الموهوب يحلف وكذا لو اقر بقبض الدين ثم قال كذبت وكذا لو اقر المشترى بقبض المبيع ثم قال لم اقبضه فله ذلك استحسانا عنده لا عند الطرفين وروى ان محمدا لما قلد القضاء رجع الى قول ابى يوسف (والاقرار ليس سببا للملك) لانه ليس بناقل للملك المقر الى المقر له لان الاقرار اخبار يحتمل الصدق والكذب فيجوز تخلف مدلوله الوضعى عنه بخلاف الانشاء كالبيع والهبة ونحوهما لانه ايجاد معنى بلفظ يقارنه فى الوجود فيمتنع فيه التخلف (ولو قال لآخر وكلتك ببيع هذا) الشئ (فسكت) المخاطب (صار وكيلا) لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين واذا سكت صحت الهبة وسقط لما بيناه وان قال من ساعته لااقبل بطل وبقى الدين على حاله (ومن وكل امرأته بطلاق نفسها

لايملك) الزوج الموكل (عزلها) لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق بفعلها فلا يصح الرجوع عن اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذى يعمل لغيره وهى عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي كما فى التبيين (ولو قال لاخر وكلتك بكذا على انى متى عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان يقول عزلتك ثم عزلتك) لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فاذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة فتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثانى انعزل عن الوكالة الثانية كما فى التبيين (ولو قال) لاخر وكلتك بكذا على انى (كلما عزلتك فانت وكيلي) لايكون معزولا بل كلما عزله كان وكيلا لان كلما تفيد عموم الافعال (فاذا اراد ان يعزله فطريقه ان يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن المنجزة) فانه اذا رجع عنها لايبقى لها اثر فاذا قال بعدها وعزلتك عن الوكالة المنجزة الحاصلة من لفظ كلما فحينئذ ينعزل (وقبض بدل الصلح قبل التفرق شرط ان كان) الصلح (دينا بدين) بان وقع الصلح على دراهم عن الدنانير اوعلى شئ آخر فى الذمة لانه صرف او بيع وفيه لايجوز الافتراق عن الدين بالدين (والا) اى وان لم يكن دينا بدين (فلا) يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع على غير متعين لايبقى دينا فى الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربوا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة فى الذمة وقد مر فى موضعه (ومن ادعى على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي فان كان له) اى للمدعى (بينة جاز الصلح ان كان بمثل القيمة او اكثر بما يتغابن فيه) بين الناس لان للصبي فيه منفعة وهى سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعى بالبينة فيأخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدعى (وان لم يكن له) اى للمدعى (بينة او كانت البينة غير عادلة لايجوز) الصلح لان الاب يصير متبرعا بمال الصبي بالصلح لامشتريا لانه لم يستحق المدعى شيئا من ماله لولا الصلح (ومن قال لابينة لى) على دعوى هذا الحق (ثم برهن) اى اقام بينة (صح) برهانه لانه يمكن ان تكون له بينة فنسيها بعد ذلك وعن الامام انها لا تقبل لظاهر التناقض والاصح القبول بخلاف ما اذا قال ليس لى حق عليه ثم ادعى عليه حقا حيث لاتسمع دعواه للتناقض (وكذا لو قال لاشهادة لى فى هذه القضية ثم شهد) لما مر وعن الامام انها لاتقبل ايضا وقيل تقبل وفاقا ان وفق وفى التنوير قال تركت دعواى على فلان وفوضت امرى الى الاخرة لاتسمع دعواه بعده وفى التبيين لو قال ليس لى عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد فانه تقبل شهادته او قال لاحجة لى على فلان ثم اتى بالحجة فانها تقبل ولو قال لااعلم لى حقا على فلان ثم اقام البينة ان له عليه حقا تقبل ولو قال هذه الدار ليست لى اوذلك العبد ثم اقام بينة ان الدار او العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حقا لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حق كان لغوا ولهذا تصح دعوى الملاعن نسب ولد نفى بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت فيه حقا (وللامام الذى ولاه الخليفة ان يقطع) من الاقطاع (انسانا من طريق الجادة) وهى الشارع الاعظم (ان لم يضر) ذلك (بالمارة) لعموم ولايته فى حق الكافة فيما فيه نظر بهم وكان له ذلك من غير ان يلحق ضررا باحد الاترى انه اذا رأى ان يدخل بعض الطريق فى المسجد او بالعكس وكان فى ذلك مصلحة للمسلمين كان له ان يفعل ذلك والامام الذى ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه فيملك ما يملكه (ومن صادره السلطان) بان اراد ان يأخذ منه مالا (ولم يعين) السلطان (بيع ماله) بل طلب منه جملة من المال (فباع ماله نفذ) بيعه لانه غير مكره به وانما باع باختياره غاية الامر انه احتاج الى بيعه لايفاء ما طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالدائن اذا حبس بالدين فباع ماله لقضاء الدين الذى عليه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره فى الايفاء لافى البيع كما فى التبيين (ولو خوف امرأته بالضرب حتى وهبت مهرها منه لاتصح الهبة ان قدر على الضرب) لانها مكرهة عليه اذ الاكراه على المال يثبت بمثله

(وان اكرههـا) اى المرأة (على الخلع ففعلت يقع الطلاق) لان طلاق المكره واقع (ولايجب المال) اذ الرضى شرط فيه وقد انعدم على ما بيناه فى الاكراه (ولو احالت) اى المرأة (انسانا بالمهر على الزوج) ايأخذ منه عوض دينه مثلا (ثم وهبته من الزوج لاتصح الهبة) لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فصار كما لو باع المرهون او وهبه (ومن اتخذ بئرا او بالوعة فى داره فنزمنها) اى من البئر او البالوعة (حائط جاره وطلب) الجار (تحويله) اى تحويل ذلك الى موضع آخر (لايجبر عليه) اى على التحويل لانه تصرف فى خالص ملكه (وان سقط الحائط منه) اى من ذلك اى من سبب النز (لايضمنه) اى لايضمن صاحب البئر لان هذا تسبيب فلايجب الضمان الا بالتعدى (ومن عمر دار زوجته بماله) اى بمال الزوج (باذنها) اى باذن الزوجة (فالعمارة) تكون (لها) اى الزوجة لان الملك لها وقد صح امرها بذلك (والنفقة) التى صرفها الزوج على العمارة (دين له) اى الزوج (عليها) اى على الزوجة لانه غير متطوع فيرجع عليها لصحة الامر فصار كالمأمور بقضاء الدين (وان عمرها) اى الدار (لها) اى للزوجة (بلا اذنها) اى الزوجة (فالعمارة لها) اى الزوجة (وهو) اى الزوج فى العمارة (متطوع) فى الانفاق فلايكون له الرجوع عليها به (وان عمر لنفسه بلا اذنها) اى الزوجة (فالعمارة له) اى الزوج لان الآلة التى بنى بها ملكه فلايخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا لملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك كما فى التبيين لكن بقى صورة وهى ان يعمر لنفسه باذنها ففى الفرائد ينبغى ان تكون العمارة فى هذه الصورة له والعرصة لها ولايؤمر بالتفريغ ان طلبته انتهى (ومن اخذ غريماله فنزعه انسان من يده فلاضمان على النازع) اذا هرب الغريم لان النزع تسبيب وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار فلايضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فابق اوكد لالة السارق على مال غيره فان الدال لايجب عليه الضمان لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة وكمن امسك هاربا من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لايجب عليه الضمان فكذا هذا (ومن) كان (فى يده مال انسان فقال له السلطان ادفعه) اى هذا المال (الى والا قطعت يدك او ضربتك خمسين سوطا لايضمن) الدافع (لو دفعه) المال الى السلطان لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره وعلى الآخذ ايهما شاء المالك ان كان الآخذ مختارا والا فعلى المكره فقط كما فى التبيين لكن ان المكره والآخذ هو السلطان فقط بشهادة قوله الى فلا معنى لقوله او على الآخذ تدبر (ولو وضع فى الصحراء منجلا ليصيد به) اى بالمنجل (حمار وحش وسمى عليه) عند الوضع (فجاء فى اليوم الثانى ووجد الحمار مجروحا ميتا لايحل اكله) لان الشرط ان يجرحه انسان او يذبحه ولم يوجد وتقييده باليوم الثانى اتفاق حتى لو وجده ميتا من ساعته لايحل لعدم شرطه (ويكره من الشاة الحيا) مقصورا وهو الفرج (والخصية والمثانة والذكر والغدة والمرارة والدم المسفوح) لما روى الاوزاعى عن واصل ابن جميلة عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال الامام الدم حرام واكره الستة وذلك لقوله عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ما سواه لانه مما تستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهة لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث كما فى التبيين لكن ان هذه الاشياء ان كانت من الخبائث ينبغى القول بتحريمها لان قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث يتناولها فكيف يحمل مكروهة وان لم يكن كذلك فلابد من الدليل على الكراهة بمعنى آخر وفى شرح الوهبانية تفصيل وحاصله ان الامام اطلق اسم الحرام على الدم المسفوح وسمى ما سواه مكروها لانه ثبتت حرمته بدليل مقطوع به وهو النص المفسر وهو قوله تعالى الا ان تكون ميتة او دما

مفوضا وبقية السنة لم تثبت به بل بالاجتهاد وبظاهر الكتاب المحتمل للتأويل والحديث
(وللقاضي ان يقرض مال الغائب والطفل واللقطة) لقدرته على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به
بخلاف الاب والوصي والملتقط لعجزهم فيكون تضييعا الا ان الملتقط اذا انشد اللقطة ومضى مدة
المنشدات ينبغي ان يجوز له الاقراض من فقير لانه لو تصدق به عليه في هذه الحالة جاز فالقرض
اولى كما في التبيين وفي الاقضية انما يملك القاضي الاقراض اذا لم يحصل غلة لليتيم اما اذا وجدت
فلا يملكه هكذا روي عن محمد وينبغي ان يشترط لجواز اقراض القاضي عدم وصي اليتيم ولو كان
منصوب القاضي فانه لم يجز عند وجود الوصي وهو الصحيح كما في الفصولين (ولو كانت حشفة
الصبي ظاهرة) حيث (من رآه ظنه مختتنا و) الحال انه (لا تقطع جلدة ذكره الا بمشقة جاز ترك
ختانه) على حاله لان قطع جلدة ذكره لتنكشف الحشفة فاذا كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة
الى القطع وان كان توارى الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم يقطع الجلدة كلها ينظر ان قطع
اكثر من نصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان
حقيقة وحكما (وكذا) جاز ترك ختان (شيخ اسلم وقال اهل البصيرة لا يطيق الختان) للعذر
الظاهر والختان سنة وهو من شعائر الاسلام ومن خصائصه فلو اجتمع اهل بلدة على تركه حاربهم
الامام (ووقت الختان غير معلوم) عند الامام فانه قال لا علم لي بوقته ولم يرو عنهما فيه شيء
وقيل سبع سنين) وقيل لا يختن حتى يبلغ وقيل اقصاه اثنى عشرة سنة وقيل تسع سنين وقيل
وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتبارا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع
للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق الم الختان ختن والا فلا وهو اشبه بالفقه وختان المرأة ليس
بسنة (ولا يجوز ان يصلى على غير الانبياء والملائكة الا بطريق التبع) كما يقال اللهم صل على
محمد وآله وصحبه ونحو ذلك وذلك لان في الصلوة من التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات
وهي زيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك لمن يتصور منه الخطايا والذنوب وانما
يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز ويستحب الترضي للصحابة والترحم للتابعين ومن بعدهم من العلماء
والعباد وسائر الاخيار وكذا يجوز الترحم على الصحابة والترضي للتابعين ومن بعدهم من العلماء
والعباد (ولا) يجوز (الاعطاء باسم النيروز والمهرجان) اي الهدايا باسم هذين اليومين حرام
بل كفر ان قصد تعظيم المذكور من النيروز والمهرجان كما بيناه في موضعه (ولا بأس بلبس
القلانس) لما روي ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك
(وللشاب العالم ان يتقدم على الشيخ الجاهل) لما مر انه افضل منه قال الله تعالى هل يستوي
الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يقدم في الصلوة وهي احد اركان الاسلام وقال الله
تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم والمراد باولي الامر العلماء في اصح الاقوال
والمطاع شرعا يقدم والعلماء ورثة الانبياء عليهم الصلاة والسلام على ما جاءت به السنة (وحافظ
القرآن ان يختم في اربعين يوما) لان المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد
التلاوة وذلك يحصل بالتأني لا بالتواني في المعاني فقدروا للختم اقله باربعين يوما يقرأ في كل يوم
حزبا ونصف حزب او اقل ولله در المصنف ان يختم كتابه في بيان قراءة القرآن وكيفية الختم

﴿كتاب الفرائض﴾

وجه التأخير بين فلا يحتاج الى البيان هي جمع
فريضة من الفرض وهو التقدير يقال فرض القاضي النفقة اي قدرها وسمي هذا العلم فرائض
لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولا نبي مرسل وبين نصيب كل واحد
من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام كالصلوة والزكوة
والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة وانما السنة بينتها وهذا العلم من اشراف العلوم قال

صلى الله تعالى عليه وسلم العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل آية محكمة اوسنة قائمة اوفريضة عادلة وقد حث صلى الله تعالى عليه وسلم على تعليمه وتعلمه بقوله تعلموا الفرائض وعلموها فانها نصف العلم وهو ينسى وهو اول شئ ينزع من امتى (يبدأ من تركة الميت) الخالية عن تعلق حق الغير بعينها كالرهن والعبد الجانى والمشترى وقبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما فى حال حيوته وان لم يكن يبدأ (بتجهيزه ودفنه) اعتبارا لحالة الحيوة فان المرأ يقدم نفسه فى حيوته فيما يحتاج اليه من النفقة والكسوة والسكنى على اصحاب الديون مالم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته فانه يقدم تجهيزه ودفنه (بلا اسراف ولا تقتير) وهو قدر كفن الكفاية اوكفن السنة اوقدر مايلبسه فى حيوته من اوسط ثيابه اومن الذى كان يتزين به فى الاعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه وقال ابو يوسف كفن المرأة على زوجها خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد وقاضيخان الفتوى على قول ابى يوسف (ثم تقضى ديونه) من جميع ماله الباقى بعد التجهيز والدفن اى ثم يبدأ بوفاء دينه الذى له مطالب من جهة العباد لادين الزكوة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة اداؤها الا اذا اوصى بها او تبرعوا بها من عندهم (ثم تنفذ وصاياه من ثلث مابقى بعد الدين) اى ثم يبدأ بوصيته اى بتنفيذها من ثلث مابقى بعد التجهيز والدين وفى اكثر من الثلث لايجوز الا باجازة الورثة على مامر ثم هذا ليس بتقديم على الورثة فى المعنى بل شريك لهم حتى اذا سلم له شئ سلم للورثة ضعفه او اكثر (ثم يقسم الباقى بين ورثته) اى الذين ثبت ارثهم بالكتاب والسنة واجماع الامة (ويستحق الارث بنسب ونكاح وولاء) كما سيأتى مفصلا (ويبدأ باصحاب الفروض) اى كل صاحب سهم مقدر فى الكتاب او السنة او الاجماع كما ذكره السرخسى وتقديمهم على العصبة لقوله عليه الصلاة والسلام الحقوا الفرائض باهلها فما ابقته فلاولى رجل ذكر (ثم) يبدأ (بالعصبات النسبية) فان العصوبة النسبية اقوى من السببية يرشدك الى ذلك ان اصحاب الفروض النسبية يرد عليهم دون اصحاب الفروض السببية اعنى الزوجين (ثم) يبدأ (بالمعتق) بكسر التاء مذكرا كان اومؤنثا فان من اعتق عبدا او امة كان الولاء له ويرثه ويسمى ذلك ولاء العتاقة والنعمة (ثم عصبته) اى يبدأ عند عدم مولى العتاقة بعصبته من الذكور وهذا قيد لابد منه لقوله عليه الصلاة والسلام ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن الحديث (ثم الرد) اى يبدأ بعد العصبات السببية بالرد على ذوى الفروض النسبية لبقاء قرابتهم بعد اخذ فرائضهم دون ذوى الفروض السببية (ثم ذوى الارحام) اى يبدأ عند عدم الرد لانتفاء ذوى الفروض النسبية بذوى الارحام وهم الذين لهم قرابة وليسوا بعصبة ولا ذوى سهم (ثم مولى الموالاة) اى عند عدم هؤلاء المذكورين يبدأ فى جميع الميراث بمولى الموالاة ان لم يوجد احد الزوجين وان وجد يبدأ به ايضا لكن فى الباقى من فرضه وتفصيل مولى الموالاة قد مر فى موضعه (ثم المقر له بالنسب) على الغير (لم يثبت نسبه) باقراره من ذلك الغير اذا مات المقر على اقراره يعنى ان هذا المقر له مؤخر فى الارث عن مولى الموالاة ومقدم على الموصى له بجميع المال وفصله السيد فى شرح الفرائض فليطالع (ثم الموصى له باكثر من الثلث) اى اذا عدم من تقدم ذكره يبدأ بمن اوصى له بجميع المال فيكمل له وصيته لان منعه عما زاد على الثلث لاجل الورثة فاذا لم يوجد احد منهم فله عندنا ما عين له كلا وانما اخر عن المقر له بناء على ان له نوع قرابة بخلاف الموصى له (ثم بيت المال) اى اذا لم يوجد احد من المذكورين توضع التركة فى بيت المال على انها مال ضائع فصار فيئا لجميع المسلمين فيوضع هناك وليس ذلك بطريق الارث وعند الشافعية ان بيت المال ان كان منتظما يقدم على ذوى الارحام والرد ولا ميراث عندهم اصلا لمولى الموالاة للمقر له بالنسب على الغير ولا للموصى له بجميع المال (ويمنع الارث الرق) وافرا كان او ناقصا لان جميع

مافى يده من المال فهو لمولاه فلوورثنامن اقر بانه لوقع الملك لسيده فيكون توريثا للاجنبي بلاسبب وانه باطل اجماعا (والقتل) كما مر تفصيله فى الجنايات (واختلاف الملتين) فلايرث الكافر من المسلم اجماعا ولاالمسلم من الكافر على قول على وزيد وعامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم واليه ذهب علماؤنا والشافعى كما مر تفصيله (واختلاف الدارين حقيقة) كالحربى والذمى (اوحكما) كالمستامن والذمى اوالحربيين من دارين مختلفين كما مر ذكره فلاحاجة الى التكرار (والمجمع على توريثهم من الرجال عشرة الاب وابوه) اى اب الاب (والابن وابنه والاخ وابنه والعم وابنه والزوج ومولى النعمة) اى مولى العتاقة (ومن النساء سبع الام والجدة) اى ام الام (والبنت وبنت الابن والاخت والزوجة ومولاة النعمة) اى مولاة العتاقة (وهم) اى الوارثون المجمع على توريثهم قسمان (ذوفرض وعصبة) اى المورث (فذوالفرض من له سهم مقدر والسهام المقدرة فى كتاب الله تعالى ستة النصف) وقد ذكر فى كتاب الله تعالى فى ثلثة مواضع فقال وان كانت واحدة اى البنت فلها النصف وقال ولكم نصف ماترك ازواجكم وقال وله اخت فلها نصف ماترك (والربع) وقد ذكر فى موضعين حيث قال فلكم الربع مماتركن وقال ولهن الربع مماتركتم (والثمن) وقد ذكر فى موضع حيث قال ولهن الثمن مماتركتم (والثلثان) وقد ذكر فى موضعين حيث قال فى حق البنات فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وفى حق الاخوات فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان (والثلث) وقد ذكر فى موضعين حيث قال فلامه الثلث وقال وان كانوا اى اولاد الام اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث (والسدس) وقد ذكر فى ثلثة مواضع حيث قال ولابويه لكل واحد منهما السدس وقال وان كان له اخوة فلامه السدس وقال فى حق ولد الام وله اخ اواخت فلكل واحد منهما السدس ثم شرع فى التفصيل فقال (فالنصف للبنت وبنت الابن عند عدمها) اى عدم البنت لان بنت الابن قامت مقامها اذا عدمت البنت (و) النصف (للاخت للابوين وللاخت للاب عند عدمها) اى عدم الاخت لابوين (اذا انفردن) عن اخوتهن واما اذا اختلطن بهم تصير عصبات بهم ويكون للذكر مثل حظ الانثيين كما سيأتى (و) النصف (للزوج عند عدم الولد وولد الابن) وقيد بولد الابن ليخرج ولد البنت فان الحكم لا يكون كذلك بل يكون فيهما مع الربع (والربع له) اى للزوج (عند وجود احدهما) وان سفل لقوله تعالى ولكم نصف ماترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن فيستحق كل زوج اما النصف واما الربع مما تركته امرأته (وللزوجة) الربع (وان) وصلية (تعددت عند عدمهما) اى الولد وولد الابن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد (والثمن لها) اى للزوجة (كذلك عند وجود احدهما) اى الولد او ولد الابن وان سفل لقوله تعالى فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم وان كن اكثر من واحدة اشتركن فيه لوجهين احدهما ان يلزم الاجحاف ببقية الورثة لانه لو اعطى كل واحدة منهن ربما يأخذن الكل اذا ترك اربع زوجات بلا ولد والنصف مع الولد والثانى ان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى مقابلة الفرد بالفرد كقوله ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم فيكون لواحدة الربع او الثمن عند انفرادها بالنص واذا كثرت وقعت المزاحمة بينهن فيصرف اليهن جميعا على السواء لعدم الاولوية ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص او بالاجماع فتصير له حالتان (والثلثان لكل اثنين فصاعدا من فرضهن النصف) وهى البنات والاخوات لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك (والثلث للام عند عدم الولد وولد الابن و) عدم (الاثنين من الاخوة والاخوات) ولها مع هؤلاء سدس ولفظ الجمع فى الاخوة فى قوله تعالى فان كان له اخوة يطلق على الاثنين فيحجب الام لهما الثلث الى السدس من اى جهة كانا او من جهتين لان لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا

قول جمهور الصحابة رضي الله تعالى عنهم وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما انه لم يحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الآية (ولها) اى للام (ثلث ما بقى بعد فرض احد الزوجين فى زوج وابوين اوزوجة وابوين) فيكون لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو ثلث الباقى بعد فرض احد الزوجين فصار للام ثلاثة احوال ثلث الكل وثلث ما بقى بعد فرض احد الزوجين والسدس وابن عباس رضي الله تعالى عنهما لايرى ثلث الباقى بل يورثها ثلث الكل والباقى للاب وخالف فيه جمهور الصحابة رضي الله تعالى عنهم (ولو كان مكان الاب فيهما جد فلها) اى للام (ثلث الجميع) عند الطرفين فلا يبالى بتفضيلها عليه لكونها اقرب منه (خلافا لابى يوسف) فان لها مع الجد ايضا ثلث الباقى عنده كما فى الاب فعلى هذه الرواية جعل الجد كالاب فيعصب الام كما يعصبها الاب (و) الثلث (للاثنين فصاعدا من ولد الام يقسم) الثلث (لذكورهم واناثهم بالسوية) يعنى الانثى منهم تأخذ مثل ما يأخذ الذكر منهم بلا تفضيل الذكر منهم على الانثى لقوله تعالى وان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث والشركة تقتضى المساواة (والسدس للواحد منهم) اى من اولاد الام (ذكرا وانثى) لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امرأة وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس والمراد به اولاد الام ولهذا قرأ بعضهم وله اخ او اخت لام (و) السدس (للام عند وجود الولد او ولد الابن او) وجود (اثنين من الاخوة والاخوات) كما سبق (و) السدس (للاب مع الولد وولد الابن) فان كان مع الاب ابن فله فرضه اعنى السدس والباقى للابن وان كان معه بنت فله السدس ايضا لان اسم الولد يتناول الابن والبنت وللبنت النصف بالفرض وما بقى للاب ايضا لانه اولى رجل ذكر من العصبات عند عدم الابن وولد الابن ولده شرعا بالاجماع قال الله تعالى يابنى آدم وليس دخول الابن فى الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز او عرف كون حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الاجماع (وكذا) السدس (للجد الصحيح عند عدمه) اى عدم الاب لان الجد الصحيح كالاب الا فى اربع مسائل مشهورة ثم عرفه فقال (وهو) اى الجد الصحيح (من لايدخل فى نسبته الى الميت ام) كاب الاب (فان دخلت) فى نسبته الى الميت ام (فجد فاسد) فلا يرث الا على انه من ذوى الارحام لان تخلل الام فى النسبة يقطع النسب اذ النسب الى الآباء لان النسب للتعريف والشهرة وذلك بالمشهور وهو الذكور دون الاناث (و) السدس (للجدة الصحيحة وان) وصلية (تعددت) كام الام مع ام الاب فيشتركن فى السدس اذا كن ثابتات متحاذيات فى الدرجة لقوله عليه الصلوة والسلام اطعموا الجدة السدس وابو بكر رضي الله تعالى عنه اشرك بين الجدتين فى السدس وكان ذلك بحضر الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا ثم عرفها فقال (وهى) اى الجدة الصحيحة (من لايدخل فى نسبتها الى الميت جد فاسد) من يتخلل فى نسبتها الى الميت ذكر بين انثيين (و) السدس (لبنت الابن وان) وصلية (تعددت مع الواحدة من بنات الصلب) تكملة للثلثين لان حق البنات الثلثان وقد اخذت الواحدة النصف لقوة القرابة فبقى السدس من حق البنات فيأخذه بنت الابن واحدة او متعددة وما بقى من التركة فلاولى عصبة فبنات الابن من ذوات الفروض مع الواحدة من الصلبيات هذا اذا لم يكن فى درجتهن ابن ابن واما اذا كان معهن ابن ابن يكون عصبة معه ولا يرثن السدس كما سيأتى (وللاخت لاب كذلك) اى لها السدس وان تعددت (مع الاخت الواحدة للابوين) لان حق الاخوات الثلثان وقد اخذت الاخت الواحدة للابوين النصف فبقى منه سدس فيعطى للاخوات لاب تكملة للثلثين ولا يرثن مع الاختين لاب وام الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن كما سيأتى

﴿ فصل فى العصبات ﴾

العصبة النسبية ثلاثة عصبة بنفسه وعصبة

بغيره وعصبة مع غيره (والعصبة بنفسه ذكر) فان الانثى لاتكون عصبة بنفسها بل بغيرها
او مع غيرها (ليس فى نسبته الى الميت انثى) فان قلت الاخ لاب وام عصبة بنفسه مع ان الام
داخلة فى نسبته الى الميت قلت قرابة الاب اصل فى استحقاق العصوبة فانها اذا انفردت كفت
فى اثبات العصوبة بخلاف قرابة الام فانها لاتصلح انفرادها علة لاثباتها فهى ملغاة فى اثبات
العصوبة لكنا جعلناها بمنزلة وصف زائد فرجحنا بها الاخ لاب وام على الاخ لاب (وهو يأخذ
ما ابقته الفرائض و عند الانفراد) اى انفراده عن غيره فى الوراثة (يحرز جميع المال) بجهة
واحدة وفى التبيين هذا رسم وليس بحد لانه لايفيد الا على تقدير ان يعرف الورثة كلهم
ولكن لايعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفا بالحكم والمقصود معرفة العصبة حتى يعطى
ما ذكر ولا يتصور ذلك الا بعد معرفته (واقربهم) اى اقرب العصبات (جزء الميت
وهو الابن وابنه وان) وصلية (سفل) لدخولهم فى اسم الولد وغيرهم محجوبون بهم لقوله
تعالى يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى ان قال سبحانه ولابويه لكل
واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد
الذكر سهما مقدرا فتعين الباقى له فدل ان الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن ابن
لانه يقوم مقامه فيقدم عليه ايضا ومن حيث المعقول ان الانسان يؤثر ولده على والده ويختار صرف
ماله ولاجله يدخر ماله عادة على ما قال عليه الصلاة والسلام الولد مبخلة مجبنة وقضية ذلك ان لايجاوز
بكسبه محل اختياره الا ان صرفنا مقدار الفرض الى اصحاب الفروض بالنص فبقى الباقى على قضية
الدليل وكان ينبغى ان يقدم البنت ايضا عليه وعلى كل عصبة الا ان الشارع ابطل اختياره بتعيين
الفرض لها وجعل الباقى لاولى رجل (ثم اصله وهو الاب والجد الصحيح) اى اب الاب (وان) وصلية
(علا) واولاهم به الاب لان الله تعالى شرط لارث الاخوة الكلالة وهو الذى لاولد له ولا والد
على ما بيناه فعلم بذلك انهم لايرثون مع الاب ضرورة وعليه اجماع الامة فاذ كان ذلك مع الاخوة
وهم اقرب الناس اليه بعد فروعه واصوله فما ظنك مع من هو ابعد منهم كالاعمام وغيرهم والجد يقوم
مقامه فى الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا فى الميراث وهو قول ابى بكر
الصديق رضى الله تعالى عنه وبه اخذ الامام (ثم جزء ابيه وهم الاخوة لابوين او) الاخوة (لاب
ثم بنوهم وان) وصلية (سفلوا) وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث فى الكلالة للاخوة
عند عدم الولد والوالد فعلم بذلك انهم يقدمون على الاعمام وانما قدم الاخ لاب وام لانه اقوى
لاتصاله من الجانبين (ثم جزء جده وهم الاعمام لابوين او لاب ثم بنوهم وان) وصلية (سفلوا
ثم جزء جد ابيه كذلك) اى اولاهم بالميراث بعد الاخوة اعمام الميت لانهم جزء الجد فكانوا اقرب
ثم اعمام الاب لكونهم اقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم اعمام الجد لانهم اقرب بعدهم ويقدم العم لاب
وام على العم لاب ثم ابن العم لاب على ولد العم لاب وام (والعصبة بغيره من فرضه النصف والثلثان) وهم
اربع من النساء (يصرن عصبة باخوتهن ويقسم للذكر مثل حظ الانثيين) فالبنات بالابن وبنات الابن
بابن الابن لقوله تعالى يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين والاخوات لاب وام باخيهن
والاخوات لاب باخيهن لقوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين (ومن
لافرض لها) من الاناث (واخوها عصبة لاتصير عصبة به) اى باخيها (كالعمة) لاتصير عصبة
بالعم الذى هو اخوها فالمال كله للعم دون العمة وبنت العم لاتصير عصبة بابن العم فالمال كله لابن
العم دون بنت العم (وبنت الاخ) لاتصير عصبة باخيها فالمال كله لابن الاخ لان النص الوارد
فى صيرورة الاناث بالذكور عصبة انما هو فى موضعين البنات بالبنين والاخوات بالاخوة والاناث
فى كل منهما ذوات فروض فمن لافرض له من الاناث لايتناوله النص (والعصبة مع غيره الاخوات

لابوين اولاب مع البنات و بنات الابن) والاولى ان يقول اوبدل الواو تدبر لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة وانما سمين عصبة مع غيره ومع اخوتهن عصبة بغيره لان ذلك الغير وهو البنات شرط بصيرورتهن عصبة ولم يجعلهن عصبة بهن لان انفسهن ليست بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف ما ذاكن عصبة باخوتهن لان الاخوة بنفسهم عصبة فيصرن بهن عصبة تبعا (وذو الابوين من العصبات مقدم على ذي الاب) الواحد لان ذا القرابتين من العصبات اولى من ذي قرابة واحدة مع تساويهما في الدرجة ذكرا كان ذو القرابتين او انثى لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم ان اعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات والمقصود من ذكر الام ههنا اظهار ما يرجح به بنو الاعيان على بني العلات (حتى ان الاخت لابوين مع البنت) سواء كانت صلبية او بنت ابن وسواء كانت واحدة او اكثر (تحجب الاخ لاب) خلافا لابن عباس رضي الله تعالى عنهما فان الاخت لا تصير عصبة مع البنات عنده (وعصبة ولد الزنا و ولد الملاعنة مولى امه) لانه لا اب له والنبي صلى الله تعالى عليه وسلم الحق ولد الملاعنة بامه فصار كشخص لا قرابة له من جهة الاب فيرثه قرابة امه ويرثهم فلو ترك اما وبنتا والملاعن فللبنت النصف وللام السدس والباقي يرد عليهما كان لم يكن له اب وكذا لو كان معهما زوج اوزوجة اخذ فرضه والباقي بينهما فرضا وردا ولو ترك امه واخاه لامه وابن الملاعن فلامه الثلث ولاخيه لامه السدس والباقي رد عليهما ولا شيء لابن الملاعن لانه لا اخ له من جهة الاب ولو مات ولد ابن الملاعنة ورثه قوم ابيه وهم الاخوة ولا يرثه قوم جده وهم الاعمام واولادهم وبهذا تعرف بقية مسائله وهكذا ولد الزنا الا انهما يفترقان في مسئلة واحدة وهو ان ولد الزنا يرث من توأمه ميراث اخ لام وولد الملاعنة يرث التوأم ميراث اخ لابوين كما في الاختيار (والاب مع البنت صاحب فرض وعصبة) كما مر ذكره (وآخر العصبات مولى العتاقة) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب ولانه احياه معنى بالاعتاق فاشبه الولادة (ثم عصبته) اي عصبة مولى العتاقة (على الترتيب المذكور) بان يكون جزء المولى اولى وان سفل ثم اصوله ثم جزء ابيه ثم جزء جده ويقدمون بقوة القرابة عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت (فمن ترك اب) الاولى بالالف لانه في موضع النصب (مولاه وابن مولاه فماله كله لابن مولاه) لما ان الابن وابن الابن وان سفل مقدم على الاب وهذا عند الطرفين (وعند ابي يوسف للاب السدس والباقي للابن) هذا قوله الآخر وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود وبه قال شريح والنخعي وقولهما هو اختيار سعيد ابن المسيب ومذهب الشافعي والقول الاول لابي يوسف (ولو كان مكان الاب جد فكله للابن اتفاقا) وذلك لان الاب كالابن في العصوبة بحسب الظاهر لان اتصال كل منهما بالميت بلا واسطة وكون الابن اقرب يحتاج الى ما مر من ان زيادة قربه امر حكمي فوقع الخلاف هنا بخلاف الجد فان اتصاله بواسطة الاب فيكون الاب اقرب من الجد ويكون الابن اقرب منه بلا اشتباه فلا يزاحم الجد في الولاء اما ابن الابن مع الجد فالاظهر ان يرث ابن الابن عند ابي يوسف ايضا لانه اشبه بالابن من الجد بالاب كما في الفتاوى (ولو ترك جد مولاه واخ مولاه فالجد اولى) ويكون الولاء كله للجد عند الامام لانه اقرب للميت في العصوبة من الاخ على مذهبه (وعندهما يستويان) فيكون الولاء بينهما نصفين (والعصبة انما تاخذ ما فضل عن ذوي الفروض) كما مر (ولو تركت زوجا واخوة لام واخوة لابوين فاما النصف للزوج والثلث للاخوة لام والسدس لام ولا شيء لهم الاخوة لابوين) لان المسئلة من ستة نصفه وهو الثلث للزوج وثلثه وهو اثنان للاخوة لام وسدسه وهو واحد للام وما فضل عن فرض ذوي الفروض شيء حتى يعطى الاخوة لابوين وهم عصبة وبه قال ابو بكر الصديق رضي الله تعالى عنه واخذه علماؤنا وقال عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه تشترك الاولاد لاب

وام مع الاولاد لام وبه اخذ مالك والشافعي وكان عمر رضي الله تعالى عنه يقول اولا مثل ما قال الصديق رضي الله تعالى عنه ثم رجع عنه الى قول عثمان رضي الله تعالى عنه وسبب رجوعه انه سئل عن هذه المسئلة فاجاب كما هو مذهبه فقام واحد من الاولاد لاب وام وقال يا امير المؤمنين ولئن سلم ان ابانا كان حمارا السنا من ام واحدة فاطرق رأسه مليا وقال صدق لانه بنو ام واحدة فشركهم في الثلث فلهذا سميت المسئلة حمارية ومشتركة وعثمانية وعن هذا قال (وتسمى المشتركة والحمارية)

﴿ فصل في الحجب ﴾

وهو في اللغة المنع وفي اصطلاح اهل هذا العلم منع شخص معين عن ميراثه اما كله ويسمى حجب الحرمان او بعضه ويسمى حجب النقصان بوجود شخص آخر فشرع في تفصيل كل منهما فقال (حجب الحرمان منتف في حق ستة من الورثة (الابن والاب والبنت والام والزوج والزوجة) فان قلت قد يحجب هذا الفريق بالقتل والردة والرقية فلا يصح ان حجب الحرمان منتف في هذا الفريق قلت الكلام في الورثة وهم على ذلك التقدير ليسوا بورثة (ومن عداهم يحجب الابعد بالاقرب و) يحجب (ذو القرابة) الواحدة (بذي القرابتين ومن يدلي بشخص لا يرث معه) اي مع وجود ذلك الشخص كابن الابن مثلا فانه لا يرث مع الابن (الا اولاد الام حيث يدلون) اي ينتسبون الى الميت (بها) اي بالام (و) لكن يرثون معها اي مع الام قال الفاضل الشريف وتحقيق هذا الاصل ان الشخص المدلي به ان استحق جميع التركة لم يرث المدلي مع وجوده سواء اتحدا في سبب الارث كما في الاب والجد والابن وابنه او لم يتحدا كما في الاب والاخوة والاخوات فان المدلي به لما احرز جميع المال لم يبق للمدلي شيء اصلا وان لم يستحق المدلي به الجميع فان اتحدا في السبب كان الامر كذلك كما في الام وام الام لان المدلي به لما اخذ نصيبه بذلك السبب لم يبق للمدلي من النصيب الذي يستحق بذلك السبب شيء وليس له نصيب آخر فصار محروما وان لم يتحدا في السبب كما في الام واولادها فان المدلي به حينئذ يأخذ نصيبه المستند الى سببه والمدلي يأخذ نصيبا آخر مستندا الى سبب آخر فلا حرمان فان قلت اليست الام تستحق جميع التركة اذا انفردت عن غيرها من اصحاب الفرائض والعصبات قلنا ليس ذلك الاستحقاق من جهة واحدة فانها تستحق بعض التركة بالفرض وبعضها بالرد والمراد استحقاق جميعها من جهة واحدة كما في العصبة (و تحجب الاخوة) مطلقا حجب الحرمان (بالابن وابنه وان) وصلية (سفل وبالاب) لانهم كلالة وتوريث الكلالة مشروط بعدم الولد والوالد كامر (والجد) عند الامام (و تحجب اولاد العلات) وهي الاخوة والاخوات لاب (بالاخ لابوين ايضا) لان ميراث الاخوة والاخوات لاب وام جار مجرى ميراث الاولاد الصلبية وان ميراث الاخوة والاخوات لاب كميراث اولاد الابن ذكورهم كذكورهم واناثهم كاناثهم فكما يحجب اولاد الابن بالابن كذلك يحجب الاخوة والاخوات لاب بالاخ لاب وام و(عندهما لا يحجب الاخوة لابوين او لاب بالجد بل يقاسمونه وهو) اي الجد (كاخ ان لم تنقصه المقاسمة عن الثلث عند عدم ذوي الفرض) قال الفاضل الشريف ان الجد يشبه الاب في حجب اولاد الام وفي انه اذا زوج الصغير والصغيرة لم يكن لهما خيار اذا بلغا وفي انه لا ولاية للاخ في النكاح مع قيام الجد في ظاهر الرواية كالاب وفي انه لا يقتل الجد بولد الولد وفي ان حليلة كل واحد من الجانبين تحرم على الآخر وفي عدم قبول الشهادة وفي صحة استيلاد الجد مع عدم الاب وفي انه لا يجوز دفع الزكوة اليه وفي انه تصرف في المال والنفس كالاب ويشبه الاخ في انه اذا كان للصغير جد وام كانت النفقة عليهما اثلاثا على اعتبار الميراث كما على الاخ والام وفي انه لا يفرض النفقة على الجد المعسر كالاخ وفي عدم وجوب صدقة الفطر للصغير على الجد وفي ان الصغير لا يصير مسلما باسلام الجد وفي انه اذا اقر بنافلة وابنه حي لا يثبت النسب بمجرد اقراره وفي انه لا يجر ولاء نافلته الى مواليه كل ذلك كما في الاخ فلتعارض هذه الاحكام

اختلفت العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم رضي الله تعالى عنهم في مسئلة الجد مع الاخوة فجعل
كالاب في حجب الاخوة لام وكالاخ في قسمة الميراث مادامت المقاسمة خيرا له فاذا لم تكن خيرا له
اعطينا له ثلث المال لانه مع الاولاد يرث السدس ومع الاخوة يضاعف ذلك وايضا اذا قسم المال
بين الابوين فللام الثلث وللاب الثلثان وهما في الدرجة الاولى ولما كان الجد والجدة في الدرجة
الثانية وكان للجدة السدس كان للجد ضعفه اعني الثلث فاذا كان مع الجد اخ واحد اخذ بالمقاسمة
نصف المال فهو خير له من الثلث واذا كان معه اخوان فهما اي المقاسمة والثلث سواء وان
واذا كان معه ثلاث اخوة فالثلث خير له لان نصيبه بالمقاسمة حينئذ ربع هذا اذا لم يكن معه
صاحب فرض (او) ان لم تنقصه المقاسمة (عن السدس عند وجوده) اي وجود ذي الفرض يعني
اذا كانت معه اختان لاب وام يجعل الجد كاخ ويكون المال بينه وبين الاختين للذكر مثل حظ
الانثيين وكذا اذا كانت معه ثلاث اخوات وان كانت معه اربع اخوات فالمقاسمة والثلث سواء
لانه اذا جعل كاخ يكون كاختين ويكون اعداد الاخوات ستة ويكون الاثنان من الستة له والاثنان
ثلث الستة ويكون المقاسمة والثلث مستويين وان كانت معه خمس اخوات يكون الثلث خيرا له
لانه ان جعل كاخ يكون بمنزلة اختين فيكون عدد الاخوات سبعا فيكون حصته ناقصة عن
السدس فيكون الثلث خيرا له وباقي احكام المقاسمة مذكور في الفرائض وشروحها فليراجع
(والفتوى على قول الامام) وهو سقوط الاخوة والاخوات بالجد لكن المختار في زماننا ان يفتى بعد
اخذ الجد السدس بالمصالحة في الباقي بين الاخوة والاخوات وبينه (فاذا استكمل بنات الصلب الثلثين
سقط بنات الابن) لان ارثهن كانت تكملة للثلثين وقد كمل الثلثين فيسقطن اذ لا طريق الى توريثهن
فرضا وتعصيبا (الا ان يكون بحذائهن او اسفل منهن ابن فيعصب من بحذائه ومن فوقه)
لكن (من ليست بذات سهم) فانه لا يعصب ذات السهم كالبنات الصلبية مثلا (ويسقط من
دونه) واذا كانت يعصب ابن الابن من بحذائه ومن هو فوقه يكون الباقي بينهم للذكر مثل
حظ الانثيين سواء كان اخالهن اولم يكن وهذا مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهما
وبه اخذ عامة العلماء وروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه انه قال يسقطن بنات الابن بنتي
الصلب وان كان معهن غلام ولا يقاسمنه وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام
كان لبنات الابن اسوأ الحالين من السدس والمقاسمة وايهما اقل اعطين ثم الاصل في بنات الابن
عند عدم بنات الصلب ان اقربهن الى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتي يليها في القرب منزلة
بنات الابن وهكذا وان سفلن مثاله لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلاث
بنات ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض
فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها احد فيكون لها النصف والوسطى من الفريق الاول توازيها
العليا من الفريق الثاني فيكون لهما السدس تكملة للثلثين ولا شيء للسفليات الا ان يكون مع
واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها من لم يكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام
مع السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث
فسقطت السفليات ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثاني عصبها وعصب الوسطى
منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الاول ولو كان مع السفلى من الفريق
الثالث عصب الجميع غير اصحاب الفرائض (واذا استكمل الاخوات لابوين الثلثين سقط الاخوات
لاب) لان ارثهن كانت تكملة للثلثين وقد كمل اختين فيسقطن (الا ان يكون معهن اخ لاب
فيعصبهن) كما في بنات الابن (والجدات كلهن يسقطن بالام) سواء كانت ابويات او اميات
(والابويات خاصة) اي دون الاميات (بالاب ايضا) اي كما يسقطن بالام وهو قول عثمان وزيد

ابن ثابت وعلي وغيرهم ونقل عن عمر وابن مسعود وابي موسى الاشعري رضي الله عنهم ان ام الاب ترث مع الاب واختاره شريح والحسن وابن سيرين لا ن ارث الجدات ليس باعتبار الادلاء لان الادلاء بالانثى لايوجب استحقاق شئ من فرضيتها بل استحقاقهن الارث باسم الجدة و يتأدى في هذا الاسم ام الام وام الاب وكما ان الاب لايحجب الاولى لايحجب الثانية ايضا وهو مردود بان مجرد الاسم بدون القرابة لا يوجب الاستحقاق والقرابة لا تثبت بدون اعتبار الادلاء فوجب الادلاء الا يرى ان الجدة الفاسدة لا ترث مع كونها جدة لعدم الادلاء (وكذا) تسقط الابويات (بالجد الا ام الاب) وان علت كام ام الاب وهكذا فانها ترث مع الجد لانها ليست من قبله (و) الجدة (القربى منهن) اى من الجدات (من اى جهة كانت) اى سواء كانت من قبل الام اومن قبل الاب (تحجب) الجدة (البعدى من اى جهة كانت) البعدى فيثبت الحجب ههنا في اقسام اربعة وهذا مذهب علمائنا رحمهم الله واحدى الروايتين عن زيد بن ثابت وفي رواية اخرى عنه ان القربى ان كانت من قبل الاب والبعدى من قبل الام فهما سواء فيكون حينئذ حجب القربى في اقسام ثلاثة فقط من تلك الاربعة وقد عمل بهذه الرواية مالك والشافعي في الاصح من قوليه ودليل الطرفين بين في شروح الفرائض فليطالع (وارثة كانت القربى) كام الاب عند عدمه مع ام ام الام وكام الام عند عدمها مع ام ام الاب (او محجوبة كام الاب معه) اى مع وجود الاب (فانها تحجب ام ام الام) اعني ان خلف الميت الاب وام الاب وام ام الام يكون المال كله للاب عندنا لان البعدى محجوبة بالقربى والقربى محجوبة بالاب (واذا اجتمع جدتان احديهما ذات قرابة) واحدة (كام ام الاب و) الجدة (الاخرى ذات قرابتين كام اب الاب وهي ايضا ام ام الام فثلث السدس لذات القرابة) الواحدة (وثلثاه للاخرى) اى التي هي ذات قرابتين (عند محمد ونصف عند ابي يوسف) باعتبار الابدان وهو قول زفر و توضيحها ان امرأة زوجت ابن ابنها بنت بنتها فولد بينهما ولد وهذه المرأة جدة لهذا الولد الذي مات من قبل ابيه لانها ام اب ابيه ومن قبل امه لانها ام ام امه فهي جدة ذات قرابتين ثم نقول هنالك امرأة اخرى قد كانت تزوج بنتها ابن المرأة الاولى فولد من بنت الاخرى ابن ابن الاول الذي هو ابو الميت فهذه الاخرى ام ام ابى الميت فهي ذات قرابة واحدة وهاتان المرأتان جدتان في مرتبة واحدة فاذا اجتمعتا فقد وجدت ذات قرابتين مع ذات قرابة واحدة ودليل الطرفين بين في شرح الفرائض (والمحروم بالقتل ونحوه) كالردة والكفر (لا يحجب) غيره اصلا لاحجب حرمان ولاحجب نقصان وهو قول عامة الصحابة رضوان الله عليهم (والمحجوب حجب الحرمان (يحجب) غيره (كما مر في الجدة) كالاخوة والاخوات يحجبهم الاب ويحجبون الام من الثلث الى السدس) اما عند ابن مسعود فلان المحروم عنده حاجب مع انه ليس بوارث اصلا فكذا المحجوب بل هو اولى لانه اقرب وارث من وجه دون وجه واما عندنا فلان المحروم انما جعلناه بمنزلة المعدوم لانه ليس باهل الميراث من كل وجه بخلاف المحجوب فانه اهل له من وجه دون وجه آخر فيجعل كالميت في حق استحقاق الارث حتى لايرث شيئا ويجعل حيا في حق الحجب فهو وارث في حق محجوبه لولا حاجب يحجبه

﴿فصل في العول﴾

هو في اللغة يستعمل بمعنى الميل لقوله تعالى ذلك ادنى الا تعولوا او بمعنى كثرة العيال او بمعنى الارتفاع ومن هذا المعنى الاخير اخذ المعنى المصطلح عليه وهو ان يزاد على المخرج من اجزائه اذا ضاق عن فرض وعن هذا قال (واذ زادت سهام) اصحاب (الفريضة على الفريضة فقد عالت) الفريضة اعلم ان مجموع المخارج سبعة لكن في الحقيقة تسعة ستة لكل فرض من الفروض الستة حال الانفراد وثلاثة لها حال الاختلاط لان مخرج الثلث و الثلثين واحد ومخرج السدس واختلاط النصف ايضا واحد فسقط اثنان وبقي سبعة (واربعة) منها (مخارج لا تعول) اصلا لان الفروض المتعلقة بهذه المخارج الاربعة

اما ان بقى المال بها او بقى منه شئ زائد عليها (الاثنان والثلاثة والاربعة والثمانية) اما الاثنان
فلان الخارج منه اما نصفان كزوج واخت لابوين اولاب او نصف وما بقى كزوج او اخت او بنت
وعصبة فلا يتصور فى مسئلة قط اجتماع واما الثلاثة فلان الخارج منها اما ثلث وثلثان كاختين لام
واختين لابوين اولاب واما ثلث وما بقى كام او اختين لام وعصبة واما ثلثان وما بقى كبنتين او اختين
وعصبة ولا يتصور فى مسئلة قط اجتماع ثلثين وثلثين او ثلث وثلث وثلثين واما الاربعة فلان الخارج
منها اما ربع ونصف وما بقى كزوج وبنت او زوجة واخت وعصبة او ربع وما بقى كزوجة وعصبة
او ربع وثلث ما بقى وما بقى كزوجة وابوين ولا يتصور فى مسئلة قط اجتماع ربعين ونصف واما
الثمانية فلان الخارج منها اما ثمن وما بقى كزوجة وابن او ثمن ونصف وما بقى كزوجة وبنت
واخ لاب وام (وثلاثة) منها (تعول الستة الى عشرة وترا) اى من حيث الوتر واراد به السبعة
والتسعة (وشفعا) اى من حيث الشفع واراد به الثمانية والعشرة مثال عولها الى سبعة زوج واختان
لابوين اولاب او زوج وجد واخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج واخت من اب واختان
وام او زوج وثلاث اخوات متفرقات او زوج وام واخت من اب او زوج واختان من ابوين واخت
من ام او زوج وام واختان من اب ومثال عولها الى تسعة زوج وثلاث اخوات متفرقات وام
او زوج واختان من اب واختان من ام او زوج واختان من الابوين وام واخت من ام ومثال عولها
الى عشرة زوج واختان من اب واختان من ام وام (واثنا عشر) يعول (الى سبعة عشر وترا
لا شفعا) واراد به ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر مثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان
وام او زوجة واختان لابوين واخت لام او زوج وبنتا ابن وام او جدة ومثال عولها الى خمسة عشر
زوج وبنتان وابوان او زوجة واختان لاب واختان لام ومثال عولها الى سبعة عشر اربع اخوات
لام وثماني اخوات لاب وجدتان وثلاث زوجات (واربعة وعشرون) تعول (الى سبعة وعشرين
عولا واحدا فى) المسئلة (المنبرية) وعند ابن مسعود تعول الى احد وثلاثين (وهى امرأة
وبنتان وابوان) وجه تسميتها بالمنبرية مذكور فى شروح الفرائض (والرد ضد العول)
ان بالعول ينتقص سهام ذوى الفروض ويزداد اصل المسئلة وبالرد يزداد السهام وينتقص اصل
المسئلة وذلك (بان لا تستغرق السهام الفريضة مع عدم) المستحق من (العصبة فيرد الباقى
على ذوى السهام) الفريضة (سوى الزوجين بقدر سهامهم) وهو قول عامة الصحابة رضى الله
تعالى عنهم اى جمهورهم وبه اخذ اصحابنا وقال زيد بن ثابت لا يرد الفاضل على ذوى الفروض
بل هو لبيت المال وبه اخذ مالك والشافعى وقال عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه يرد على الزوجين
ايضا وعن ابن عباس رضى الله عنهما لا يرد على ثلاثة الزوجين والجد (فان كان من يرد عليه
جنسا واحدا فالمسئلة من عدد رؤسهم) كبنتين واختين فانهما لما استويا فى الاستحقاق صارا
كابنين او اخوين فجعل المال بينهما نصفين واعطى لكل واحد منهما نصف التركة وكذا الجدتان
والمراد بالاختين ان يكونا من جنس واحد بان يكون كلاهما لاب اولام اولابوين (وان كانوا)
اى من يرد عليه (جنسين او اكثر) من جنسين (فمن عدد سهامهم) اى تجعل المسئلة من عدد
سهامهم اى من مجموع سهام هؤلاء المجتمعين المأخوذ من مخرج المسئلة (فمن اثنين) اى تجعل
المسئلة من اثنين (لو كان فى المسئلة سدسان) كجدة واخت لام لان المسئلة من ستة ولهما منها
اثنان بالفريضة فاجعل الاثنين اصل المسئلة واقسم التركة عليهما نصفين (و) تجعل (من ثلثة لو)
كان فيهما (ثلث وسدس) كولدى الام مع الام او اخوين لام وجدة او ام واخ لام (و)
تجعل (من اربعة لو) كان فيهما (سدس ونصف) كبنت وبنات ابن او اخت لابوين واخوات
لاب او اخت لاب واخ لام او جدة مع واحد ممن يستحق النصف من الاناث (و) تجعل (من خمسة لو)

كان فيهما (ثلث ونصف) كاخت لاب وام واختين لام وكانت لاب وام وام (او سدسان ونصف) كبنت وبنت ابن وام (اوثلثان وسدس) كبنتين وام فالمسئلة فى هذه الصور الثلاث ايضا من ستة والسهام التى اخذت منها خمسة ففى الصورة الاولى للاخت من الابوين ثلثة اسهم وللاختين لام سهمان وقس عليها سائرها (فان كان مع الاول) الظاهر بالواو اى مع الجنس الواحد ممن يرد عليه (من لا يرد عليه) كالزوج اوالزوجة (اعطى فرضه) اى فرض من لا يرد عليه (من اقل مخارجه ثم قسم الباقى) من ذلك المخرج (على) عدد (رؤسهم) اى رؤس من يرد عليه اعنى ذلك الجنس الواحد كما كنت تقسم جميع المال على عدد رؤسهم اذا انفردوا عمن لا يرد عليه (فان استقام) الباقى عليهم فبها ونعمت هى اذ لا حاجة الى ضرب (كزوج وثلاث بنات) للزوج الربع فاعطه من اقل مخارجه الربع وهو اربعة فاذا اخذ ربعه وهو سهم بقى ثلاثة اسهم فاستقام على رؤس البنات (والا) اى وان لم يستقم الباقى على عدد رؤس من يرد عليه (فان وافق) رؤسهم ذلك الباقى فاحصل تصح منه المسئلة (ضرب وفق رؤسهم) اى رؤس من يرد عليهم (فى مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اعطيت الزوج واحدا منها بقى ثلثة فلا يستقيم على عدد رؤس البنات الست لكن بينهما موافقة بالثلث فيضرب وفق عدد رؤسهن وهو اثنان فى الاربعة تبلغ ثمانية فللزوج منها اثنان وللبنات ستة (وان باين) رؤسهم ذلك الباقى (ضرب كل رؤسهم) اى رؤس من يرد عليهم (فيه) اى فى مخرج فرض من لا يرد عليه (كزوج وخمس بنات) اصلها من اثنى عشر لاجتماع الربع والثلثين لكنها يرد مثلها الى الاربعة التى هى اقل مخارج فرض من لا يرد عليه فاذا اعطينا الزوج ههنا واحدا بقى ثلاثة فلا يستقيم على البنات الخمس بل بينهما وبين عدد الرؤس مباينة فضربنا كل عدد رؤسهن فى مخرج فرض من لا يرد عليه اى الاربعة فحصل عشرون ومنها تصح المسئلة كان للزوج واحد ضربناه فى المضروب الذى هو خمسة فكان خمسة فاعطيناه اياها وكان للبنات ثلث ضربناها فى الخمس حصل خمسة عشر فلكل واحد منهن ثلاثة (وان كان مع الثانى) اى مع اجتماع جنسين ممن يرد عليه (من لا يرد عليه قسم الباقى) من مخرج فرض من لا يرد عليه (على مسئلة من يرد عليه فان استقام) فبها (كزوجة واربع جدات وست اخوات لام) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اخذت المرأة واحدا منها بقى ثلاثة وهى ثلثة وهى ههنا مستقيمة على مسئلة من يرد عليه لانها ايضا ثلاثة لان حق الاخوات لام الثلث وحق الجدات السدس فللاخوات سهمان وللجدات سهم واحد ففى هذه الصورة استقام الباقى على مسئلة من يرد عليه وتمامه فى شروح الفرايض فليطالع (والا) اى وان لم يستقم ما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه (ضرب جميع مسئلتهم) اى مسئلة من يرد عليه (فى مخرج فرض من لا يرد عليه) فالمبلغ الحاصل من هذا الضرب مخرج فرض الفريقين (كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية فاذا دفعنا ثمنها الى الزوجات بقى سبعة فلا يستقيم على الخمسة التى هى مسئلة من يرد عليه ههنا لان الفرضين ثلثان وسدس بل بينهما مباينة فيضرب جميع مسئلة من يرد عليه اعنى الخمسة فى مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية فيبلغ اربعين فهذا المبلغ مخرج فروض الفريقين فاذا اردت ان تعرف حصة كل فريق منهما من هذا المبلغ الذى هو مخرج فروضهما فطريقه ما اشار اليه بقوله (ثم يضرب سهام من لا يرد عليه) من اقل مخارج فرضه (فى مسئلة من يرد عليه) فيكون الحاصل نصيب من لا يرد عليه من المبلغ المذكور (و) يضرب (سهام من يرد عليه) من مسئلتهم (فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه) فيكون الحاصل نصيب ذلك الفريق ممن يرد عليه وذلك لان حق كل فريق ممن يرد عليه انما هو فى الباقى من مخرج فرض من لا يرد عليه بقدر سهامهم ففى المسئلة المذكورة للزوجات من ذلك المخرج واحد فاذا ضربنا فى الخمسة التى هى مسئلة من يرد عليه كان الحاصل خمسة فهى حق

الزوجات من اربعين وللبنات اربعة فاذا ضربناها فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو سبعة بلغ ثمانية وعشرين فهي لهن من الاربعين وللجدات واحد فاذا ضربناه في السبعة كان سبعة فهي للجدات فقد استقام بهذا العمل فرض من لا يرد عليه وفرض كل فريق ممن يرد عليه وان انكسر سهام المأخوذة من مخرج فروض الفريقين على البعض او الجميع (وتصحيح المسئلة (بالاصول الآتية)

﴿ فصل ﴾ في ذوي الارحام

(ذو الرحم) هو في اللغة بمعنى القرابة مطلقا وفي الشريعة (قريب ليس بعصبة ولا ذي سهم) مقدر في كتاب الله تعالى او سنة رسوله او اجماع الامة (ويرث) ذو الرحم (كما ترث العصبة عند عدم ذي السهم) وعدم العصبة الا اذا كان ذو السهم احد الزوجين فيرث معه بعد اخذ فرضه لعدم الرد عليه وانما قيدنا بعدم العصبة لانه لا يكفي بعدم ذي السهم فعلى هذا لو قيده لكان اصوب (فمن انفرد منهم) ليس بصلة انفرد بل بيان لمن (احرز جميع المال) كان عامة الصحابة اي اكثرهم رضي الله تعالى عنهم يرون توريث ذوي الارحام وهو مذهبنا وقال زيد بن ثابت لا ميراث لهم ويوضع المال في بيت المال وبه قال مالك والشافعي لنا قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض اي اولى بميراث بعض بالنقل وقال صلى الله تعالى عليه وسلم الخال وارث من لا وارث له وروي ان ثابت بن الدحداح مات فقال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم لعاصم بن عدي هل تعرفون له فيكم نسبا فقال انه كان فينا غريبا فلا نعرف له الا ابن اخت هو ابو لبابة ابن عبد المنذر فجعل رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ميراثه له ولان اصل القرابة سبب لاستحقاق الارث على ما بيناه الا ان هذه القرابة ابعد من سائر القرابات فتأخرت عنها والمال متى كان له مستحق لا يجوز صرفه الى بيت المال وكثير من اصحاب الشافعي منهم ابن شريح خالفوه وذهبوا الى توريث ذوي الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد بيت المال وصرفه في غير المصارف كما في التبيين (ويرجحون بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة) لان ارثهم بطريق العصوبة فيقدم الاقرب على الابعد ومن له قوة القرابة على غيره في كل صنف منهم كما في العصبات (ثم بكون الاصل وارثا عند اتحاد الجهة) اذا استووا في الدرجة فمن يدلي بوارث اولى من كل صنف كبنت بنت الابن اولى من ابن بنت البنت وابن بنت الابن اولى من ابن بنت البنت لان الوارث اقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقدمه عليه في استحقاق الارث والمدلي بجهتين اولى كبني الاعيان مع بني العلات (وان اختلفت) جهة القرابة (فلقرابة الاب الثلثان ولقرابة الام الثلث) لان قرابة الاب اقوى فيكون لهم الثلثان والثلث لقرابة الام مثاله ابو ام الاب وابو ابي الام وهذا لا يتصور في الفروع وانما يتصور في الاصول والعمات والاخوال (ثم يعتبر الترجيح في كل فريق كما لو انفرد) يعني اذا كان لابي الميت جدان من جهتين وكذلك لامه فلقوم الاب الثلثان ولقوم الام الثلث ثم ما اصاب قوم الاب ثلثاه لقرابته من جهة ابيه وثلثه لقرابته من جهة امه وكذلك ما اصاب قوم الام كما لو انفرد ايضا مثاله ابو ام ابي الاب وابو ابي ام الاب وابو ام اب الام وابو ابي ام الام (وعند الاستواء في القرب والقوة والجهة للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاصل في المواريث تفضيل الذكر على الانثى وانما ترك هذا الاصل في الاخوة والاخوات لام للنص على خلاف القياس (ويعتبر ابدان الفروع) المتساوية الدرجات (ان اتفقت) صفة (الاصول) في الذكورة والانوثة كابن البنت وبنت البنت لادلائهما بوارث (وكذا ان اختلفت) صفة الاصول (عند ابي يوسف) وحسن بن زياد كبنت ابن البنت وابن بنت البنت لادلائهم بولد الوارث فان كانت الفروع ذكورا فقط او اناثا فقط تساووا في القسمة وان كانوا مختلفين فللذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتبر في القسمة صفات اصولهم اصلا وهو رواية شاذة عن الامام (وعند محمد تؤخذ الصفة من الاصول والعدد من الفروع ويقسم) المال (على اول بطن وقع فيه الاختلاف) اي

اختلاف الاصول بالذكورة والانوثة للذكر مثل حظ الانثيين (ثم يجعل الذكور) من ذلك البطن (على حدة و) يجعل (الاناث على حدة) بعد القسمة على الذكور والاناث (فيقسم نصيب كل طائفة على اول بطن اختلف كذلك ان كان) فيما بينهما اختلاف (والا) اى وان لم يكن بينهما اختلاف فى الذكورة والانوثة بان يكون جميع ما توسط بينهما ذكورا فقط او اناثا فقط (دفع حصة كل اصل الى فرعه) وفى السراجية وشرحه وعند محمد تعتبر ابدان الفروع ان اتفقت صفة الاصول موافقا لهما وتعتبر الاصول ان اختلفت صفاتهم و يعطى الفروع ميراث الاصول مخالفا لهما كما اذا ترك ابن بنت و بنت بنت عندهما المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار الابدان اى ابدان الفروع و صفاتهم فثلث المال لابن البنت و ثلثه لبنت البنت عند محمد يكون المال بينهما كذلك لان صفة الاصول متفقة ولو ترك بنت ابن بنت وابن بنت بنت عندهما المال بين الفروع اثلاثا باعتبار الابدان ثلثاه للذكر وثلثه للانثى وعند محمد المال بين الاصول اعنى فى البطن الثانى اثلاثا ثلثاه لبنت ابن البنت نصيب ابيها وثلثه لابن بنت البنت نصيب امه وكذلك عند محمد اذا كان فى اولاد البنات بطون مختلفة يقسم المال على اول بطن اختلف فى الاصول ثم تجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة فما اصاب للذكور من اول بطن وقع فيه الاختلاف يجمع و يعطى فروعهم بحسب صفاتهم ان لم يكن فيما بينهم وبين فروعهم من الاصول اختلاف فى الذكورة و الانوثة بان يكون جميع ما توسط بينهما ذكورا فقط او اناثا فقط وان كان فيما بينهما من الاصول اختلاف يجمع ما اصاب الذكور ويقسم على اعلى الخلاف الذى وقع فى اولادهم و يجعل الذكور ههنا ايضا طائفة والاناث طائفة على قياس ما سبق وكذلك ما اصاب الاناث يعطى فروعهن ان لم تختلف الاصول التى بينهما وان اختلفت يجمع ما اصابهن و يقسم على اعلى الخلاف الذى وقع فى اولادهن وهكذا يعمل الى ان ينتهى وتمامه فيهما ان شئت فليراجع (و بقول محمد) وهو اشهر الروايتين عن الامام و القول الاول لابى يوسف (يفتى) وذكر بعضهم ان مشايخ بخارى اخذوا بقول ابى يوسف فى مسائل ذوى الارحام والحيض لانه ايسر على المفتى (و يقدم جزء الميت) اى وترتيبهم كترتيب العصبات فيقدم فروعه (وهم اولاد البنات واولاد بنات الابن وان سفل ثم) يقدم (اصله) اى اصل الميت (وهم الاجداد الفاسدون) وان علوا كابى ام الميت وابى ابى امه (والجدات الفاسدات) وان علون كام ابى الميت وام ام ابى امه (ثم) يقدم (جزء ابيه وهم اولاد الاخوات) وان سفلوا سواء كانت تلك الاولاد ذكورا او اناثا وسواء كانت الاخوات لاب وام اولاب اولام (واولاد الاخوة لام و بنات الاخوة) وان سفلن سواء كانت الاخوة من الابوين اومن احدهما (ثم) يقدم (جزء جده وهم العمات والخالات والاخوال والاعمام لام) فانهم اخوة لابيه من امه واعتبر فيهم كونهم لام لان العم من الابوين اومن الاب عصبة (و بنات الاعمام) مطلقا (ثم اولاد هؤلاء ثم جزء جد ابيه اوامه وهم عمات الاب او الام و خالاتهما واخوالهما واعمام الاب لام واعمام الام و بنات اعمامهما واولاد اعمام الام) فان جميعها من ذوى الارحام و روى عن الامام ان اقرب الاصناف الى الميت و اقدمهم فى الوراثة عنه هو الصنف الثانى وهم الساقطون من الاجداد والجدات وان علوا ثم الصنف الاول وان سفلوا ثم الثالث وان نزلوا ثم الرابع وان بعدوا وروى ابو يوسف والحسن بن زياد عنه وابن سماعة عن محمد عنه ان اقرب الاصناف الاول ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع وهو المأخوذ للفتوى وعندهما الثالث وهم اولاد الاخوات و بنات الاخوة و بنوا الاخوة لام مقدم على الجد ابى الام وتمامه بين فى شروح الفرائض فليطالع

﴿ فصل ﴾

(الغرقى) جمع الغريق (والهدمى) اى الطائفة التى هدم عليهم جدار اوغيره وكذلك الحرقى (اذا لم يعلم ايهم مات اولا) كما اذا غرقوا فى السفينة معا او وقعوا فى النار دفعة اوسقط عليهم

جدار او سقف بيت عياذا بالله تعالى او قتلوا في المعركة ولم يعلم التقدم والتأخر في موتهم جعلوا كأنهم ماتوا معا (يقسم مال كل على ورثته الاحياء ولا يرث بعض) هؤلاء (الاموات من بعض) هذا هو المختار عندنا لانه قول ابي بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما وعلي الرواية المشهورة واحدى الروايتين عن ابن مسعود ووجهه ان الارث يبتني على التيقن بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حيوة الوارث بعد الموت فلما لم يتيقن بوجود الشرط لم يثبت الارث بالشك وفي احدى الروايتين عن علي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم وبه اخذ ابن ابي ليلى يرث بعضهم من بعض الا عن ورث كل واحد منهم من مال صاحبه فانه لا يرث منه صورته رجل وابنه انهدم الحائط عليهما ولم يدرايهما مات اولا لكل منهما امرأة وابن وترك كل منهما ستة عشر دينارا فعلى قول الجمهور تركته بين زوجته وابنه الحي وكذا تركة الابن ان لم يكن زوجة ابيه امه وان كانت فيرا دلها الثلث وعلى القول الآخر للزوجة من تركة الاب الثمن والباقي بين ابنه الحي والميت بالسوية فيصيب الميت سبعة دنانير واما تركة الابن فلزوجته منها الثمن ولابيه السدس ولزوجة ابيه ان كانت امه ايضا السدس والباقي للابن في الحالين فما اصاب اباه من تركته وهو ديناران وثلثا دينار يقسم بين ورثة ابيه سوى الابن الميت وما اصابه من تركة ابيه وهو سبعة دنانير يقسم بين ورثته سوى اب الميت (وان اجتمع ابنا عم احدهما اخ لام اعطي السدس) له (فرضا ثم اقتسما) اي ابنا العم (الباقي عصوبة) كما مر (ولا يرث المجوسي بالانكحة الباطلة) اي اذا تزوج المجوسي امه او غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح (وان اجتمع فيه) اي في المجوسي (قرابتان او انفردا) والظاهر او انفردتا (في شخصين ورثا) اي شخصان (بهما) اي بالقرابتين (يرث) ذلك المجوسي الذي اجتمع فيه قرابتان (بهما) اي بالقرابتين (وان كانت احديهما) اي احدى القرابتين (تحجب الاخرى يرث بالحاجبة) يعني لو اجتمعت في المجوسي قرابتان او تفرقتا في شخصين حجبت احديهما الاخرى يرث بالحاجبة وان لم تحجب يرث بالقرابتين (ويوقف للحمل نصيب ابن واحد هو المختار) وعليه الفتوى وذلك لان من المعتاد الغالب ان لا تلد المرأة في بطن واحد الا ولدا واحدا فيبنى عليه الحكم ما لم يعلم خلافه (وعند ابي يوسف نصيب ابنين) وفي السراجية وعند محمد يوقف نصيب ثلاثة بنين رواه ليث بن سعد لكن هذه رواية ليست موجودة في شروح الاصل ولا في عامة الروايات وفي رواية اخرى عنه نصيب ابنين وهو قول الحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رواه عنه هشام وروى الخصاف عن ابي يوسف نصيب ابن واحد كما في المتن فعلى هذا لو قال وعن ابي يوسف لكان اولى وعند الامام نصيب اربعة بنين (وان خرج اكثره) اي اكثر الحمل (حيا ومات ورث) لان الاكثر له حكم الكل فكأنه خرج كله حيا (وان) خرج (اقله) وظهر منه شيء من هذه العلامات ثم مات (فلا) يرث لانه لما خرج اكثره ميتا فكأنه خرج كله ميتا وان خرج مستقيما وهو ان يخرج رأسه اولا فالمعتبر صدره يعني اذا خرج صدره كله وان خرج منكوسا وهو ان يخرج رجله اولا فالمعتبر سرته وان لم تخرج السرة لم يرث

﴿ فصل ﴾ في المناسخة

(المناسخة) هي مفاعلة من النسخ بمعنى النقل والتحويل والمراد بها ههنا ان ينقل نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة الى من يرث منه ومن هذا قال (ان يموت بعض الورثة قبل القسمة) فان كان ورثة الميت الثاني من عداد ورثة الميت الاول ولم يقع في القسمة تغير فانه يقسم المال حينئذ قسمة واحدة اذ لا فائدة في تكرارها كما اذا ترك بنين وبنات من امرأة واحدة ثم ماتت احدى البنات ولا وارث لها سوى تلك الاخوة والاخوات لاب وام فانه يقسم مجموع التركة بين الباقين للذكر مثل حظ الانثيين قسمة واحدة كما كانت يقسم بين الجميع كذلك فكأن الميت الثاني لم يكن في البين وان وقع تغير في القسمة بين الباقين كما اذا ترك ابنا من امرأة وثلاث بنات من امرأة اخرى

ثم ماتت احدى البنات وخلفت هؤلاء اعنى الاخ لاب والاختين من الابوين اوكان ورثة الميت الثانى غير ورثة الميت الاول كزوج و بنت وام فات الزوج قبل القسمة عن امرأة وابوين ثم ماتت البنت قبلها ايضا عن ابنين و بنت وجدة هى ام الامرأة التى ماتت اولا ثم ماتت هذه الجدة عن زوج واخوين (فصحح المسئلة الاولى)و يعطى سهام كل وارث من هذا التصحيح (ثم) صحح المسئلة (الثانية) وتنظر بين ما فى يده من التصحيح الاول و بين التصحيح الثانى فى ثلاثة احوال هى المماثلة والموافقة والمباينة (فان استقام) بسبب المماثلة (نصيب الميت الثانى)من فريضة الميت الاول (على مسئلته فبها) و نعمت لان تصحيح الاول ههنا بمنزلة اصل المسئلة هنالك والتصحيح الثانى ههنا بمنزلة رؤس المقسوم عليه ثمه ومافى يد الميت الثانى بمنزلة سهامهم من اصل المسئلة ففى صورة الاستقامة تصح المسئلتان من التصحيح الاول كما اذا مات الزوج فى المثال المذكور عن امرأة وابوين لان اصلها اثنا عشر فاذا اخذ الزوج منهما ثلاثة والبنت ستة والام اثنين بقى منها واحد يجب رده على البنت والام بقدر سهامهما فاذا رددنا المسئلة الى اقل مخارج فرض من لا يرد عليه صارت اربعة فاذا اخذ الزوج منها واحدا بقى ثلاثة فلا يستقيم على الاربعة التى هى سهام البنت والام بل بينهما مباينة فيضرب هذه السهام التى هى بمنزلة الرؤس فى ذلك الاقل فيحصل ستة عشر فللزوج منها اربعة وللبنت تسعة وللام ثلاثة ثم تلك الاربعة التى هى للزوج منقسمة على ورثة المذكورين فلزوجته واحد منها ولامه ثلث ما يبقى وهو ايضا واحد ولابيه اثنان فاستقام ما فى يد الزوج من التصحيح الاول على التصحيح الثانى وصحت المسئلتان من التصحيح الاول (والا) اى وان لم يستقم نصيب الميت الثانى من فريضة الميت الاول على مسئلته (فاضرب وفق التصحيح الثانى فى) جميع (التصحيح الاول ان وافق نصيبه مسئلته) لان فى التصحيح اذا انكسر سهام طائفة واحدة عليهم وكان بين سهامهم ورؤسهم موافقة يضرب وفق عدد الرؤس فى اصل المسئلة فكذا هنا يضرب وفق التصحيح الثانى الذى هو بمنزلة الرؤس هنالك فى التصحيح الاول القائم هنا مقام اصل المسئلة فيحصل به ما تصح منه المسئلتان كما اذا ماتت البنت ايضا فى ذلك المثال و خلفت كما ذكر ابنين وبنتا وجدة فان ما فى يدها فى التصحيح الاول تسعة و تصحيح مسئلتها ستة وبينهما موافقة بالثلث فيضرب ثلث الستة وهو اثنان فى ستة عشر فالمبلغ وهو اثنان وثلاثون مخرج المسئلتين (والا) اى وان لم يوافق نصيبه مسئلته (فاضرب كل)التصحيح (الثانى فى) كل التصحيح (الاول) على قياس ما فى باب التصحيح على تقدير المباينة بين رؤس الطائفة و بين سهامهم (فالحاصل من الضرب مخرج المسئلتين)كما اذا ماتت فى ذلك المثال الجدة التى هى ام المرأة المتوفاة اولا وخلفت زوجا واخوين فان ما فى يدها تسعة كما عرفت آنفا وتصحيح مسئلتها اربعة و بين التسعة والاربعة مباينة فاضرب حينئذ الاربعة فى التصحيح السابق اعنى اثنين وثلثين يبلغ مائة وثمانية وعشرين فهى مخرج المسئلتين وتمامه فى السيد الشريف (ثم اضرب سهام ورثة الميت الاول) من تصحيح مسئلته (فى وفق التصحيح الثانى) على تقدير الموافقة (اوفى كله) على تقدير المباينة فيكون الحاصل من ضرب سهام وارث منهم فى هذا المضروب نصيبه من المبلغ المذكور والسبب ان التصحيح الثانى و وفقه ههنا بمنزلة المضروب فى اصل المسئلة ثمه (و) اضرب (سهام ورثة الميت الثانى) من تصحيح مسئلته (فى وفق ما فى يده)على تقدير الموافقة(اوفى كله) على تقدير المباينة (فاخرج فهو) اى الحاصل من هذا الضرب (نصيب كل فريق)لان حق ورثة الميت الثانى انما هو فيما فى يده فصار سهام كل واحد منهم مضروبة فيه (فان مات ثالث)من الورثة قبل القسمة(فاجعل المبلغ) الذى صح منه المسئلة الاولى والثانية (مكان الاول والثالث مكان الثانى)فى العمل كان

الميت الاول والثانى صارا ميتا واحدا فيصير الميت الثالث ميتا ثانيا (وكذا تفعل ان مات رابع او خامس وهلم جرا) الى غير النهاية فانه لما صار تصحيح الميت الاول والثانى والثالث تصحيحا واحدا صار واكلهم ميتا واحدا فيصير الميت الرابع ميتا ثانيا وكذا الحال اذا صار تصحيح اربعة من الموتى تصحيحا واحدا كانوا بمنزلة ميت واحد فصار الخامس ميتا ثانيا وهكذا الى ما لا يتناهى وتفصيل هذا الباب فى شرح الفرائض للسيد فليراجع

﴿ حساب الفرائض ﴾

الفروض الستة المذكورة فى كتاب الله تعالى (نوعان) على التنصيف ان بدأت بالاكثر او على التضعيف ان بدأت بالاقل فثلاثة منها نوع وثلاثة اخرى نوع آخر (الاول النصف ونصفه) اى نصف النصف (وهو الربع ونصف نصفه) اى نصف الربع (وهو الثمن و) النوع (الثانى الثلثان ونصفهما) اى نصف الثلثين (وهو الثلث ونصف نصفهما) اى نصف نصف الثلثين (وهو السدس فالنصف يخرج من اثنين والربع من اربعة والثمن من ثمانية والثلثان والثلث من ثلاثة والسدس من ستة) فان مخرج كل فرض من هذه الفروض سمية من الاعداد اذ الربع سمية اربعة وكذا الباقى الا النصف فانه من اثنين والاثنان ليس سميا للنصف فان كان فى المسئلة النصف فقط كما فيمن خلف بنتا واخا لاب وام فهى من اثنين وان كان فيهما الربع وحده كما فيمن تركت الزوج مع الابن كانت من اربعة وان كان فيها الثمن فقط كما فيمن ترك الزوجة والابن كانت من ثمانية وان كان فيها الثلث وحده كما اذا ترك اما واخا لاب وام او كان فيها الثلثان فقط كما اذا ترك بنتين وعما فهى من ثلثة وان كان فيها السدس فقط كما اذا ترك ابا وابنا فهى من ستة (وان اختلف النصف) من النوع الاول (بالنوع الثانى كله) اى بالثلثين والثلث والسدس كما اذا تركت زوجا واما واختين لاب وام واختين لام (او) اختلط (ببعضه) اى ببعض النوع الثانى كما اذا اختلط النصف بالثلث فقط او بالثلثين فقط او بالسدس وحده او بالثلث والثلثين معا او بالثلثين والسدس معا او بالثلث والسدس معا (فمن ستة) اى فالمسئلة من ستة لان مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة وكلاهما داخلان فى الستة فهى مخرج النصف المختلط بفروض النوع الثانى على جميع الوجوه المذكورة وايضا بين مخرج النصف والثلث مباينة فاذا ضرب احدهما فى الآخر حصل ستة فهى مخرجهما (او) اختلط (الربع) من النوع الاول بكل الثانى كما اذا خلف زوجة واما واختين لاب وام واختين لام او ببعضه كما اذا اختلط بالثلثين فقط او بالثلث فقط او بالسدس فقط او بالثلثين والسدس معا او بالثلثين وثلث او بالثلث والسدس معا (فمن اثنى عشر) اى فالمسئلة من اثنى عشر لان مخرج اقل جزء من النوع الثانى هو الستة وقد دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فاكتفينا بها مخرجا للكل (او) اختلط (الثمن) من النوع الاول بكل الثانى هذا غير متصور على رأى ابن مسعود رضى الله عنه واما على رأينا فهو غير متصور كما قرر فى موضعه او ببعضه كما اذا اختلط بالثلثين والسدس او بالثلث والسدس على رأيه او بالثلثين والثلث على رأيه او بالثلثين فقط او بالسدس فقط او بالثلث فقط (فمن اربعة وعشرين) اى فالمسئلة من اربعة وعشرين لان مخرج اقل جزء من النوع الثانى وهو الستة التى دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فوجب الاكتفاء بها لما عرفت وبين الستة ومخرج الثمن اعنى الثمانية موافقة بالنصف فضربنا احدهما فى كل الاخرى فحصل اربعة وعشرون ايضا بين مخرج الثلث والثلثين ومخرج الثمن مباينة فضربنا الكل فى الكل فصار الحاصل ايضا اربعة وعشرين فهما مخرج الفروض المختلفة بالثمن (واذا انكسر سهام فريق عليهم) اى على الورثة من ذلك الفريق (وباينت سهامهم) اى سهام من انكسر عليهم (عدد هم فاضرب وفق عدد هم) اى كل عدد رؤس من انكسر عليهم السهام (فى اصل المسئلة) ان لم تكن عائلة وفى اصلها مع عولها ان كانت عائلة (كامرأة واخوين) اصل

المسئلة اربعة فاذا اخذت المرأة منها واحدا بقي ثلاثة ولايستقيم على الاخوين وبينهما مباينة فضربنا الاثنين فى اصل المسئلة فحصل ثمانية فللمرأة من اصل المسئلة واحد ضربناها فى الاثنين فلم يتغير فالاثنان لها والاخوين من اصل المسئلة ثلاثة ضربناها فى الاثنين فحصل ستة فلكل واحد ثلاثة منهما (وان وافق سهامهم عددهم فاضرب وفق عددهم) اى عدد روس من انكسر عليهم السهام (فى اصل المسئلة) ان لم تكن عائلة وفى اصلها مع عولها ان كانت عائلة (كامرأة وستة اخوة) اصل المسئلة اربعة واذا اخذت المرأة واحدا منها بقي ثلاثة ولاتستقيم على الستة وبينهما موافقة بالثلث فضربنا وفق عددهم وهو اثنان فى اصل المسئلة وهو اربعة فيكون ثمانية كان للزوج واحد فضرب فى اثنين فيكون اثنين وللاخوة ثلثة فضرب فى اثنين يكون ستة لكل واحد منهم سهم (فاذا انكسر سهام فريقين او اكثر وتماثلت اعداد روسهم فاضرب احد الاعداد فى اصل المسئلة) حتى يحصل ماتصح منه المسئلة على جميع الفرق (كثلاث بنات وثلاثة اعمام) اصل المسئلة ثلاثة اثنان منها للبنات وواحد للاعمام فينكسر على الفريقين لكن بين اعداد روس البنات واعداد روس الاعمام تماثل فيضرب عدد احدهما وهو ثلاثة فى اصل المسئلة فيكون تسعة الثلثان منها ستة وهى حق البنات الثلث والباقى وهو ثلاثة للاعمام (وان تداخلت الاعداد فاضرب اكثرها) اى اكثر الاعداد (فى اصل المسئلة) حتى يحصل ماتصح منه المسئلة (كاربع زوجات وثلاث جدات واثنى عشر عما) اصلها من اثنى عشر للزوجات الربع وهو ثلاثة ولاتستقيم عليها وللجدات السدس وهو سهمان ولايستقيم عليها ايضا وللاعمام الباقى وهو سبعة ولاموافقة بين الاعداد والسهام لكن الاعداد متداخلة فيضرب اكثرها وهو اثنى عشر فى اصل المسئلة وهو اثنى عشر فيكون مائة واربعة واربعين كان للزوجات ثلاثة فيضرب فى اثنى عشر فيكون ستة وثلثين وللجدات سهمان فيضربان فى اثنى عشر فيكون اربعة وعشرين وللاعمام سبعة فيضرب فى اثنى عشر فيكون اربعة وثمانين (وان وافق بعض الاعداد بعضا فاضرب وفق احدهما فى جميع الثانى و) اضرب (المبلغ فى وفق الثالث ان وافق والا) اى وان لم يوافق (ففى جميعه و) اضرب (المبلغ فى الرابع كذلك) اى فى وفقه ان وافق والا ففى جميعه (ثم) اضرب (الحاصل فى اصل المسئلة) حتى يحصل ماتصح منه المسئلة (كاربع زوجات وخمس عشرة جدة وثمانى عشرة بنتا وستة اعمام) اصلها من اربعة وعشرين للزوجات الثمن وهو ثلاثة ولاتستقيم عليها ولاتوافق وللجدات السدس وهو اربعة ولاتستقيم عليها ولا توافق وللبنات الثلثان وهو ستة عشر ولا تستقيم عليهن وبين روسهن وسهامهن موافقة بالنصف فرجع الى النصف وهو تسعة وبقى للاعمام سهم فههنا اربعة وخمسة عشر وتسعة وستة ثم طلبنا بينهما التوافق فوجدنا الاربعة موافقة للستة بالنصف فرددنا احديهما الى نصفها وضربناه فى الاخرى صار المبلغ اثنى عشر وهو موافق لتسعة بالثلث فضربنا ثلث احديهما فى جميع الاخرى صار المبلغ ستة وثلثين وبين هذا المبلغ الثانى وبين خمسة عشر موافقة بالثلث ايضا فضربنا ثلث خمسة عشر وهو خمسة فى ستة وثلثين فحصل مائة وثمانون ثم ضربنا هذا المبلغ الثالث فى اصل المسئلة اعنى اربعة وعشرين فصار الحاصل اربعة آلاف ثلاثمائة وعشرين وتمامه فى شروح الفرائض فليطالع (وان تباينت الاعداد فاضرب كل احدها فى جميع الثانى ثم المبلغ فى الثالث ثم المبلغ فى الرابع ثم) اضرب (الحاصل فى اصل المسئلة) حتى يحصل ماتصح منه المسئلة (كامرأتين وعشر بنات وست جدات وسبعة اعمام) اصلها ايضا اربعة وعشرون وللزوجين الثمن وهو ثلاثة لاتستقيم عليها وبين روسهن وسهامهن مباينة فاخذنا عدد روسهن وللجدات السدس وهو اربعة لاتستقيم عليهن وبين عدد روسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد روسهن وللبنات الثلثان وهو ستة

عشر لاتستقيم عليهن و بين رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا النصف عدد رؤسهن
وللاعمام الباقي وهو واحد لايستقيم عليهم و بينه و بين عدد رؤسهم مباينة فاخذنا عدد رؤسهم
فصار معنا من الاعداد المأخوذة للرؤس اثنان و ثلاثة وخمسة وسبعة وهذه كلها اعداد متباينة
فضربنا الاثنين في الثلاثة صارت ستة ثم ضربنا هذا المبلغ في خمسة فصار ثلثين ثم ضربنا الثلثين
في سبعة فحصل مائتان وعشرة ثم ضربنا هذا المبلغ في اصل المسئلة وهو اربعة وعشرون فصار
المجموع خمسة آلاف وار بعين ومنها تستقيم المسئلة على جميع الطوائف هذا اذا لم تكن المسئلة
عائلة (و) اما (ان كانت المسئلة عائلة فاضرب ماضربته في الاصل فيه مع العول في جميع ذلك)
على ماقررناه في المسائل المذكورة ﴿ فصل ﴾ (وتداخل العددين يعرف بان تطرح
الاقل من الاكثر مرتين او اكثر فيفنيه) اي يفني الاقل الاكثر كالثلاثة و الستة (او تقسم الاكثر
على الاقل فيقسم قسمة صحيحة) اي قسمة لا كسر فيها كالستة فانها منقسمة على الثلاثة وعلى
الاثنين ايضا بلا كسر فيصيب من الستة كل واحد من الثلاثة اثنان ومن اثنين ثلاثة وقس على
ذلك سائر المتداخلين والسبب فيه انه اذا عدعدد ماهو اكثر منه كان الاكثر مثلي الاقل او امثاله فيصيب
بالقسمة كل واحد من آحاد الاقل آحاد صحيحة بعدد امثال الاقل في الاكثر ثم مثل المتداخلين بقوله
(كالخمسة مع العشرين) لانك اذا طرحت الخمسة من العشرين اربع مرات افنيت العشرين فهما
متداخلان وكذلك اذا قسمت العشرين على الخمسة تجيء اربعة اقسام صحيحة او نقول التداخل هو ان
زيد على الاقل مثله او امثاله يساوي الاكثر او ان يكون الاقل جزء الاكثر جزأ مفردا من الاكثر فلا تداخل
بين الستة والتسعة وان كان الستة ثلثي التسعة لانها ليست جزأ مفردا ومن شرط التداخل ان لا يكون
الاقل زو جامع كون الاكثر فردا وان لا يزيد الاقل على نصف الاكثر (و) يعرف (توافقهما) اي العددين
في جزء كالنصف ونظايره (بان ينتقص الاقل من الاكثر من الجانبين حتى يتوافقا في مقدار فان توافقا
في واحد فهما متباينان) كالخمسة مع السبعة والتسعة واحد عشر مع عشر (وان) توافقا (في اكثر
من واحد (فهما متوافقان) فان كان الاكثر (اثنين فهما متوافقان بالنصف) كثمانية عشر مع الثمانية فانه
اذا القيت من ثمانية عشر ثمانية مرتين بقي منها اثنان واذا القي اثنان من الثمانية ثلاث مرات بقي
منها ايضا اثنان فهما متوافقان بالنصف (وان) كان الاكثر (ثلثة فبالثلث) كما في التسعة والاثني
عشر (او) كان الاكثر (اربعة فبالربع) كالثمانية والاثني عشر (هكذا الى العشرة) اي يكون
التوافق في الاعداد التي هي العشرة ومادونها بواحد من الكسور التسعة المشهورة وهي النصف
الى العشر ويسمى هي مع مايتركب منها بالاضافة او التكرير بالكسور المنطقة (و ان) توافقا
(في احد عشر) كاثنين وعشرين مع ثلاثة وثلثين (فبجزء من احد عشر) اي هما متوافقان بجزء
من احد عشر (وهلم جرا) اي ان توافقا في ثلثة عشر يتوافقان بجزء من ثلاثة عشر كستة وعشرين
وتسعة وثلثين فان العاد لهما ثلثة عشر وفي خمسة عشر يتوافقان بجزء من خمسة عشر كثلثين مع
خمسة واربعين فان خمسة عشر يعدهما معا فهما متوافقان بجزء منها ﴿ فصل ﴾ وان اردت معرفة
(نصيب كل فريق) كالبنات والجدات والزوجات والاعمام و غيرها (من التصحيح) الذي استقام
على الكل (فاضرب ما كان له) اي لكل فريق (من اصل المسئلة فيما ضربته في اصل المسئلة)
اي في المضروب الذي ضربته في اصلها (فما خرج) من هذا الضرب (فهو نصيبه) اي نصيب
ذلك الفريق (وكذا العمل في معرفة نصيب كل فرد) من افراد ذلك الفريق من التصحيح (وان
شئت) سهام كل فرد من اصل المسئلة (فانسب سهام كل فريق من اصل المسئلة الى عدد رؤسهم)
مفردا عن اعداد رؤس غيرهم (ثم اعط بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد منهم) من افراد
ذلك الفريق (وان اردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء) الواو الواصلة ههنا مستعارة لا الواو
الفاصلة اذ لايتصور القسمة بين الطائفتين معا لان التركة ان وفت بجميع الديون فلا قسمة بين

[illegible] والا فلا قسمة بين الورثة (فانظر بين التركة والتصحيح فان كان بينهما موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ثم اقسم) المبلغ (الحاصل) من هذا الضرب (على وفق التصحيح فما خرج فهو نصيب ذلك الوارث) مثاله زوج وام واختان لاب وام اصلها من ستة وتعول الى ثمانية فللزوج منها ثلثة وللام واحد ولكل من الاختين سهمان فان فرض ان جميع التركة خمسون دينارا يكون بين التصحيح و التركة موافقة بالنصف فيضرب سهم الزوج من التصحيح وهو ثلثة في وفق التركة وهو خمسة وعشرون يبلغ خمسة و سبعين ثم تقسم الخمسة والسبعين على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون للزوج من التركة ثمانية عشر دينارا وثلثة ارباع دينار ويضرب سهم الام من التصحيح وهو واحد في خمسة و عشرين وهو وفق التركة فيكون خمسة و عشرين ثم نقسمها على وفق التصحيح و هو اربعة فيكون الام ستة دنانير وربع دينار و يضرب سهم كل من الاختين و هو سهمان في وفق التركة فيبلغ خمسين ثم نقسمها على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون لكل واحد من اختين اثنى عشر دينارا ونصف دينار (وان لم يكن بينهما موافقة فاضرب سهام كل وارث في جميع التركة ثم اقسم) المبلغ (الحاصل على جميع التصحيح فما خرج)من هذه القسمة (فهو نصيبه) اى نصيب ذلك الوارث كما اذا فرض ان جميع التركة خمسة وعشرون دينارا كان بينهما وبين التصحيح الذى هو ثمانية مباينة فاذا اردت ان تعرف نصيب كل وارث من هذه التركة فاضرب نصيب الزوج من التصحيح وهو ثلاثة في كل التركة يحصل خمسة وسبعون ثم اقسم هذه المبلغ على التصحيح اعنى ثمانية يخرج تسعة دينار وثلاثة اثمان دينار فهذه نصيب الزوج واضرب ايضا نصيب الام من التصحيح وهو واحد من جميع التركة فيكون الحاصل خمسة وعشرين فاذا قسمتها على الثمانية خرج ثلاثة دنانير وثمن دينار فهى نصيب الام اضرب نصيب كل اخت من التصحيح وهو اثنان في كل التركة يحصل خمسون فاذا قسمت هذا الحاصل على الثمانية خرج ستة دنانير وربع دينار فهو نصيب كل اخت من التركة (وكذا العمل لمعرفة نصيب كل فريق) من الورثة يعنى فاضرب ماكان لكل فريق من اصل المسئلة في وفق التركة ثم اقسم المبلغ الحاصل من هذا الضرب على وفق التصحيح المسئلة ان كان بين التركة والتصحيح المسئلة موافقة وان كان بينهما مباينة فاضرب ما كان لكل فريق في كل التركة ثم اقسم الحاصل على جميع تصحيح المسئلة فالخارج نصيب ذلك الفريق في الموافقة و المباينة وتمامه في السيد فليطالع (وفي القسمة بين الغرماء اجعل مجموع الديون كالتصحيح وكل دين) من ديون الغرماء (كسهام وارث ثم اعمل العمل المذكور) فاذا كان للميت غريمان لكل منهما ثلثة آلاف و ستة غرماء لكل منهم اثنان وكانت التركة عشرين كان بين جميع الديون وذلك ثمانية عشر و بين التركة موافقة نصفيه فتضرب الثلثة التى كانت لكل من الغريمين في نصف التركة وذلك عشرة تبلغ ثلثين وتقسم على نصف الديون وذلك تسعة فالخارج وذلك ثلثة وثلث نصيب كل منهما فيكون لكليهما ستة و ثلثان و يضرب الاثنان اللذان كانا لكل من الغرماء الستة في العشرة يبلغ عشرين و يقسم على التسعة فالخارج وذلك سهمان وتسعان نصيب كل منهم فيكون للغرماء الستة اثنى عشر سهما واثنى عشر تسعا وذلك سهم وثلث سهم فاذا ضممت ثلثة عشر وثلثا الى ستة وثلثين يبلغ عشرين وان كانت التركة تسعة عشر فبينهما وبين جميع الديون مباينة فتضرب ثلثة كل من الغريمين في تسعة عشر تبلغ سبعة وخمسين فتقسم على ثمانية عشر فالخارج وهو ثلثة اسهم وتسع ونصف تسع لكل منهما فيكون لكليهما ستة اسهم وثلاثة اتساع وذلك ثلث سهم فيضرب سهما كل من الغرماء الستة في تسعة عشر يبلغ ثمانية وثلثين فيقسم على ثمانية عشر فالخارج وهو سهمان وتسع لكل منهم فللغرماء الستة اثنى عشر وستة اتساع سهم وذلك ثلثاه فاذا ضممت اثنى عشر وثلثين الى ستة وثلث يبلغ تسعة عشر (ومن صالح من الورثة او الغرماء على شئ) معلوم (منها) من التركة

فاطرح نصيبه من التصحيح او الديون واقسم الباقى على سهام من بقى) من الورثة (او) على (ديونهم) اى ديون من بقى من الغرماء مثاله زوج وام وعم ففيها نصف وثلث الكل وما بقى فاصلها وتصحيحها من ستة فاذا صالح الزوج على شئ لماق ذمته من المهر وخرج من البين اطرح سهامه من التصحيح وذلك ثلاثة ويقسم باقى التركة على سهام الباقين على ما كان اثلاثا ثلثاه للام وثلثه للعم (قال الفقير) يريد المولى المؤلف الفاضل روح الله روحه وزاد فى اعلى غرف الجنان فتوحه نفسه النفيسة (هذا آخر) كتاب سماه (ملتقى الابحر ولم آل) من الالو وهو التقصير (جهدا) اى لم امنعلى جهدا (فى عدم ترك شئ من مسائل الكتب الاربعة) وهى القدورى والمختار والكنز والوقاية كما مر فى الخطبة (والتمس) على صيغة المتكلم من الالتماس (من الناظر فيه) اى فى هذا الكتاب (ان اطلع على الاخلال بشئ منها) اى من مسائل الكتب الاربعة بان لا يذكره فى محله (ان يلحقه) مفعول التمس (بمحله فان الانسان محل النسيان) سمى الانسان لانه الناسى ولذلك قيل اول الناس اول الناسى (ولكن) امر غائب (ذلك) اى الحاق بمحله الاصلى (بعد التأمل فى مظان تلك المسئلة) اى بعد التأمل فى مواضع يظن تلك المسئلة منها (فانه ربما ذكرت بعض المسائل فى بعض الكتب المذكورة فى موضع وفى غيره فى موضع آخر فاكتفيت بذكرها) اى بذكر تلك المسئلة (فى احد الموضعين) فيظن ان هذا ليس محله لكن بعد التأمل يظهر وجهه (ثم انى زدت) فيه (مسائل كثيرة من الهداية ومن مجمع البحرين) قال فى الخطبة ونبذة من الهداية فيكون منافيا لما قال هنا الا ان يقال التوفيق بينهما ثمة فلا حاجة الى التكرار (ولم ازد شيئا من غيرهما) اى غير الهداية ومجمع البحرين (حتى يسهل الطالب) على من اشتبه عليه شئ مما ليس فى الكتب الاربعة (والله حسبى) اى كافى (ونعم الوكيل * وقد تم تبييضه بين الصلاتين من يوم الاثنين ثالث عشرين من شهر رجب المرجب لسنة ثلاث وعشرين وتسعمائة على يد الفقير الى الله الغنى ابراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبى وصلى على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما) الحمد لله على الكمال والتمام * والصلاة والسلام على افضل الرسل الكرام * محمد سيد الانام وعلى آله وصحبه العظام * ما بقى على وجه الارض العلماء الاعلام * بعون الله العزيز الجليل وعليه الاعتقاد والتعويل * فى ان يهدينى سواء السبيل * ويجعلنى برحمته فى ظل ظليل * ويعصمنى من مزلة الافهام ويثبتنى يوم تزل الاقدام * انه قريب مجيب * وما توفيقى الا بالله عليه توكلت واليه انيب * وقد انتهى وتم بفضله تعالى ببلدة ادرنه صانها الله عن البلية قاضيا بالعساكر المنصورة فى ولاية روم ايلى المحمية * راجيا من الله عز وجل العفو عما وقع منى فيه من القصور والخبط والزلل * وذلك فى ليلة الخميس فى اليوم التاسع عشر من جمادى الاخرة من شهور سنة سبع وسبعين والف من هجرة له العز والشرف * اللهم اجعله لى ذخرا نافعا وخيرا باقيا بحرمة جميع الانبياء والمرسلين خصوصا بحرمة حبيبك محمد المصطفى صلوات الله وسلامه عليه وعليهم اجمعين آمين

قد تم طبع هذا الكتاب * والجلد المستطاب المسمى بمجمع الانهر * فى شرح ملتقى الابحر * بمطبعة دار الخلافة العلية صانها الله تعالى عن الآفات والبلية * فى زمن سلطنة ناظم درر الشوكة والاقبال * وسامى اصداف العز والاجلال * حافظ البلاد ناصر العباد * السلطان ابن السلطان * السلطان الغازى عبد المجيد خان * لا زال محفوظا فى اريكة سلطنته ما انتشر الفقه فى كل آن * وصادف ختام طبعه بنظارة (محمد لبيب) فى اوائل جمادى الاولى لسنة ست وسبعين ومائتين والف .



۱۲۸م ش ش ن

DUE DATE

۲۹۸۶۳۴۱

G110141110044

G11.1104

Date	No.	Date	No.
۱G۱۱۱۰۴			

۱۵۳۲۶

۱۵۳۲۶